

**CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS**

**PRÉVENTION DE LA CORRUPTION  
ET CONTRATS PUBLICS**

SOUS LA DIRECTION DU PROFESSEUR FRANÇOIS LICHÈRE

**RAPPORT DE MAI 2022 À JOUR DE LA LOI DU 9 MARS 2023**





Sous la direction du Professeur François LICHERE  
Valentin LAMY, Chercheur post-doctoral  
Adeline MEYNIER POZZI, Chercheuse post-doctorale  
Oriane SULPICE, Chercheuse post-doctorale

Ce rapport a été rédigé par le directeur et les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin – Lyon 3 et approuvé par le conseil scientifique de la Chaire, grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu aux interviews et de celles ayant répondu au questionnaire en ligne.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire. Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

Le rapport est également disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>.

## PRÉSENTATION DE LA CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

---

L'objet de la Chaire est de mettre en place un réseau associant acheteurs et autorités concédantes, entreprises cocontractantes, institutions publiques intéressées (MINEFI, juridictions administratives) et universitaires spécialistes, dans le but de mieux comprendre les applications des règles juridiques relatives aux contrats publics et de mieux les adapter.

La chaire contribue ainsi à la réflexion et aux débats nécessaires à la mise au point de règles contractuelles, textuelles et jurisprudentielles mieux adaptées aux personnes publiques et aux entreprises, en prenant en compte les différents intérêts en jeu dans un contexte économique et technologique évolutifs (nouvelles technologies de l'information, européanisation, mondialisation, retour du protectionnisme etc.).

## PRÉCÉDENTS RAPPORTS DISPONIBLES SUR : [HTTPS://CHAIREDCP.UNIV-LYON3.FR](https://chairedcp.univ-lyon3.fr)

---

Crise sanitaire et contrats publics, 2021

Les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics, 2021

## CHRONIQUES

---

Revue mensuelle d'actualité du droit des contrats publics : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/revue-dactualite-1>

Chronique semestrielle de jurisprudence de droit européen comparé des contrats publics, *Bulletin juridique des contrats publics*, à paraître en 2023

## POUR SUIVRE L'ACTIVITÉ DE LA CHAIRE EN LIGNE

---

Site internet	<a href="https://chairedcp.univ-lyon3.fr">https://chairedcp.univ-lyon3.fr</a>
Linkedin	<a href="https://www.linkedin.com/company/chairedcp/">https://www.linkedin.com/company/chairedcp/</a>
Twitter	@chairedcp



# Remerciements

---

Le présent rapport est le fruit d'une étude conduite au cours de l'année universitaire 2021-2022 par la Chaire de droit des contrats publics auprès de plusieurs dizaines d'acteurs du droit des contrats publics.

À ce titre, les participants aux 26 entretiens semi-directifs sont vivement remerciés pour leur grande disponibilité et la richesse des renseignements qu'ils ont pu nous délivrer.

Les correspondants bénévoles qui ont participé au questionnaire en ligne sont également chaleureusement remerciés, tant ceux qui se sont spontanément proposés que ceux qui ont été sollicités par l'entremise de nos partenaires et correspondants.

Les partenaires financiers de la Chaire doivent également être remerciés puisqu'ils permettent notamment le financement des chercheurs postdoctoraux qui ont réalisé cette étude.

Nous remercions par ailleurs le Centre de recherches en droit public de l'Université Paris Nanterre, et tout particulièrement Catherine PREBISSY-SCHNALL et Laurence FOLLIOU-LALLIOT, pour avoir organisé avec nous un séminaire de discussion autour de notre projet de recommandations, ainsi que toutes les personnes y ayant participé.

Il y a lieu d'adresser nos plus sincères remerciements à l'Agence française anticorruption, et particulièrement à son directeur, Monsieur Charles DUCHAINE, pour nous avoir accueilli dans ses locaux et suivi nos travaux avec attention.

Enfin, nous tenons à remercier sincèrement Monsieur le Ministre Michel SAPIN d'avoir accepté de nous livrer son regard et son expérience sur les mutations de la lutte contre la corruption en France.



# Table des matières

---

<b>Synthèse du rapport</b> .....	<b>1</b>
<b>Introduction générale</b> .....	<b>6</b>
I – L’objet de l’enquête .....	6
A – La notion de corruption .....	7
1. Une notion juridique brouillée .....	8
2. L’acceptation retenue : les manquements au devoir de probité et la corruption active d’agent public .....	12
3. La corruption comme phénomène : un bref état des lieux .....	15
B – Prévention de la corruption et contrats publics .....	19
1. La prévention par la sophistication des règles de passation des contrats publics .....	20
2. La prévention par le contrôle externe des contrats publics .....	21
3. La prévention par la <i>compliance</i> : nouvelle donne des contrats publics .....	25
II – L’intérêt de l’enquête .....	29
III – Méthodologie .....	31
A – Enquête qualitative .....	31
B – Enquête quantitative .....	33
IV – Le plan de l’enquête .....	38
<b>Partie I</b> .....	<b>39</b>
<b>La perception de la corruption dans les contrats publics</b> .....	<b>39</b>
<b>Section I</b> .....	<b>40</b>
<b>La perception de l’intensité du phénomène de corruption dans les contrats publics</b> ...	<b>40</b>
I – Enquête qualitative .....	40
A – Une tendance à la baisse .....	40
B – Une corruption toujours présente .....	42
II – Enquête quantitative .....	44
<b>Section II</b> .....	<b>47</b>
<b>Les espaces à risques des contrats publics</b> .....	<b>47</b>
I – Enquête qualitative .....	47
A – Comparaison des étapes du cycle des contrats publics au regard du risque de corruption .....	48
B – Comparaison des formes contractuelles et procédures de passation au regard du risque de corruption .....	51

1. Les formes contractuelles et techniques d'achat .....	51
2. Les procédures de passation .....	52
II – Enquête quantitative .....	53
A – Comparaison des étapes du cycle des contrats publics au regard du risque de corruption.....	54
B – Comparaison des formes contractuelles et procédures de passation au regard du risque de corruption.....	55
1. Les formes contractuelles et techniques d'achat .....	55
2. Les procédures de passation .....	57
<b>Partie II .....</b>	<b>59</b>
<b>Les mesures de prévention de la corruption issues de la loi Sapin 2.....</b>	<b>59</b>
<b>Section I.....</b>	<b>61</b>
<b>Les mesures de prévention de la corruption mises en œuvre par les autorités contractantes .....</b>	<b>61</b>
I – L'engagement de l'instance dirigeante .....	66
A – Enquête qualitative .....	67
B – Enquête quantitative .....	68
II – La cartographie des risques .....	71
A – Enquête qualitative .....	72
B – Enquête quantitative .....	75
III – Le code de conduite .....	77
A – Enquête qualitative .....	78
B – Enquête quantitative .....	81
IV – La formation .....	84
A – Enquête qualitative .....	85
B – Enquête quantitative .....	87
V – L'évaluation des tiers.....	90
A – Enquête qualitative .....	94
B – Enquête quantitative .....	96
VI – Le dispositif d'alerte interne .....	99
A – Enquête qualitative .....	101
B – Enquête quantitative .....	102
VII – Les procédures de contrôle comptable .....	104
A – Enquête qualitative .....	104
B – Enquête quantitative .....	105
VIII – Le dispositif de contrôle et d'audit interne.....	107
A – Enquête qualitative .....	108

B – Enquête quantitative .....	109
IX – Le régime disciplinaire.....	110
A – Enquête qualitative .....	111
B – Enquête quantitative .....	112
<b>Section II.....</b>	<b>114</b>
<b>Les mesures de prévention de la corruption mises en œuvre par les opérateurs économiques.....</b>	<b>114</b>
I – L’engagement de l’instance dirigeante .....	118
A – Enquête qualitative .....	118
B – Enquête quantitative .....	120
II – La cartographie des risques .....	122
A – Enquête qualitative .....	124
B – Enquête quantitative .....	125
III – Le code de conduite .....	128
A – Enquête qualitative .....	129
B – Enquête quantitative .....	131
IV – La formation .....	133
A – Enquête qualitative .....	133
B – Enquête quantitative .....	135
V – L’évaluation des tiers.....	137
A – Enquête qualitative .....	139
1. Les difficultés inhérentes à l’évaluation des tiers .....	139
2. L’ineffectivité de l’évaluation des tiers publics .....	141
B – Enquête quantitative .....	142
1. L’effectivité globale de l’évaluation des tiers.....	142
2. L’évaluation des tiers dans le cadre des contrats publics.....	143
VI – Le dispositif d’alerte interne .....	144
A – Enquête qualitative .....	145
B – Enquête quantitative .....	147
VII – Les procédures comptables .....	149
A – Enquête qualitative .....	149
B – Enquête quantitative .....	150
VIII – Le dispositif de contrôle et d’audit interne.....	152
A – Enquête qualitative .....	152
B – Enquête quantitative .....	153
IX – Le régime disciplinaire.....	154

A – Enquête qualitative .....	154
B – Enquête quantitative .....	155
<b>Partie III .....</b>	<b>157</b>
<b>Le rôle préventif de l’Agence française anticorruption.....</b>	<b>157</b>
<b>Section I.....</b>	<b>161</b>
<b>La prévention par le conseil .....</b>	<b>161</b>
I – L’activité de conseil de l’AFA vue par les autorités contractantes.....	163
A – Enquête qualitative .....	163
B – Enquête quantitative .....	165
II – L’activité de conseil de l’AFA vue par les opérateurs économiques .....	168
A – Enquête qualitative .....	169
B – Enquête quantitative .....	170
<b>Section II.....</b>	<b>172</b>
<b>La prévention par le contrôle .....</b>	<b>172</b>
I – L’activité de contrôle de l’AFA vue par les autorités contractantes.....	174
A – Enquête qualitative .....	175
B – Enquête quantitative .....	176
II – L’activité de contrôle de l’AFA vue par les opérateurs économiques .....	177
A – Enquête qualitative .....	177
B – Enquête quantitative .....	179
<b>Partie IV .....</b>	<b>180</b>
<b>Éléments de droit comparé .....</b>	<b>180</b>
<b>Section I.....</b>	<b>181</b>
<b>Perspective internationale des risques de corruption dans les contrats publics : un phénomène insaisissable .....</b>	<b>181</b>
I – Une lutte internationale visant à l’harmonisation des dispositifs de lutte anticorruption .....	181
II – L’appréhension variable des risques de corruption.....	182
<b>Section II.....</b>	<b>189</b>
<b>Une mise en œuvre de mesures anticorruption dans les marchés publics à travers le monde .....</b>	<b>189</b>
I – Le contrôle des tiers, entre management des risques financiers et compliance .....	190
II – Les agences de lutte contre la corruption : du mimétisme institutionnel à la diversité des modèles nationaux.....	193
III – La prévention de la corruption par les mécanismes d’exclusion aux États-Unis et au Canada .....	196
A – Deux grandes typologies d’exclusion et de suspension .....	197

B – Retour sur le modèle français .....	197
1. Les motifs d'exclusion .....	198
2. Les acteurs qui peuvent prononcer l'exclusion .....	200
C – Les modèles canadiens et américains .....	200
IV – La prévention de la corruption par le contrôle des procédures et des carrières des fonctionnaires : l'exemple allemand.....	203
V – Les pactes d'intégrité : un outil original de prévention de la corruption impulsé et contrôlé par la société civile.....	205
<b>Recommandations .....</b>	<b>207</b>
I – Étendre et préciser l'obligation de mise en place d'un dispositif de prévention de la corruption .....	207
A – Champ d'application matériel .....	207
1. Acteurs publics .....	208
2. Acteurs économiques .....	214
B – Soutien aux acteurs publics.....	215
II – Renforcer l'effectivité de l'évaluation des tiers dans les contrats publics.....	216
A – Adaptation des règles de candidature .....	217
1. L'évaluation du candidat auquel il est envisagé d'attribuer le contrat .....	217
2. Adaptation des motifs d'exclusion.....	218
B – Création d'un standard d'évaluation .....	221
<b>Bibliographie.....</b>	<b>223</b>
I – Ouvrages, monographies et thèses.....	223
II – Articles de doctrine.....	225
III – Notes de jurisprudence et conclusions de rapporteurs publics .....	242
IV – Rapports et documents officiels.....	243
<b>Annexes .....</b>	<b>1</b>



# Synthèse du rapport

## Partie I

### La perception de la corruption dans les contrats publics

#### 1. La perception de l'intensité du phénomène de corruption dans les contrats publics

Globalement, il ressort assez clairement de l'enquête qualitative que **la corruption dans les contrats publics est sur la pente descendante**. Si une majorité de personnes interviewées affirment n'avoir jamais été témoins de pratiques corruptives, celles qui, au contraire, l'ont été notent une tendance nette puis le début du millénaire à une moralisation des pratiques et, corrélativement, à une réduction des cas de corruption. Néanmoins, **semblent persister des pratiques commerciales qui se situent dans un espace-tampon entre le légal et le pénalement répréhensible**, au sein duquel le risque est bien présent.

Pour autant, l'enquête quantitative paraît révéler une réalité bien différente, dans laquelle **la corruption serait toujours un phénomène répandu dans les contrats publics**. En effet, **48,48 % des répondants au sondage affirment avoir été témoins de manquements au devoir de probité de la part d'agents publics** dans le cadre de la préparation, la passation ou l'exécution de contrats publics et **27,27 % d'entre eux rapportent avoir été témoins de faits de corruption active** de la part de représentants d'opérateurs économiques dans ce même cadre.

#### 2. Les espaces à risques des contrats publics

Le principal enseignement que l'on tire de l'enquête quantitative est que **le risque de corruption est inversement proportionnel à l'intensité du cadrage juridico-administratif d'une pratique donnée**. Ainsi, si la phase de **passation** est classiquement envisagée comme l'étape la plus exposée, il semble que son encadrement juridique fort soit de nature à considérablement limiter un risque néanmoins toujours présent. À l'inverse, **l'exécution**, *a priori* moins exposée, est largement mentionnée comme risquée du fait de son faible encadrement juridique.

Il en va de même en ce qui concerne les formes contractuelles, les techniques d'achat et les procédures de passation. C'est généralement **lorsque le cadre est moins défini que se nichent les risques**. Il en va ainsi, s'agissant des techniques d'achat, des accords-cadres et, s'agissant des procédures, des contrats passés sans publicité ni mise en concurrence, car d'une

valeur estimée inférieure aux seuils de passation (40 000 € ou 100 000 pour les marchés de travaux).

Sur ces aspects, l'enquête quantitative a globalement confirmé les enseignements de l'enquête qualitative, à savoir que plus une étape du cycle d'un contrat ou une procédure est juridiquement encadrée, transparente et collégiale, moins le risque de corruption est intense. À noter toutefois une divergence sur la question du **sourcing** : là où les personnes interviewées dans le cadre de l'enquête qualitative ne le considéraient pas comme une étape risquée, il en va autrement pour les participants à l'enquête quantitative, qui estiment majoritairement que le faible encadrement du *sourcing* génère un risque.

## Partie II

### Les mesures de prévention de la corruption issues de la loi Sapin 2

#### 1. Les mesures de prévention de la corruption mises en œuvre par les autorités contractantes

La mise en place des mesures de prévention de la corruption décrites à l'article 17 de la loi Sapin 2 et détaillées par les recommandations de l'Agence française anticorruption s'agissant des autorités contractantes est à **géométrie variable**, ce qui peut s'expliquer par plusieurs facteurs. Un **facteur juridique** d'abord : certaines autorités contractantes sont soumises aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2, là où la plupart ne le sont pas et ne sont donc pas soumises au risque de sanction administrative par l'AFA. Par ailleurs, un **facteur structurel** évident se dégage : parmi les autorités contractantes soumises à l'article 3, 3° de la loi, l'on retrouve des personnes publiques aux tailles profondément variables, ce qui induit que **la faculté d'appropriation de la logique de conformité est proportionnelle à la taille de l'entité**. Enfin, le **facteur volontariste** ne doit pas être négligé puisque les enquêtes ont démontré qu'à catégorie et taille équivalente, les autorités contractantes n'étaient pas nécessairement au même stade d'avancement. Ce facteur volontariste peut, à son tour, s'expliquer par une pluralité de sous-facteurs, tels que la volonté politique ou encore l'histoire de l'entité au regard de la corruption. Ceci aboutit à une réalité étonnamment complexe que les enquêtes ne saisissent que partiellement. En effet, il semble bien qu'un biais se soit glissé dans celles-ci du fait que les praticiens interrogés appartiennent soit à des autorités contractantes soumises aux dispositions de l'article 17, soit à de grandes structures. À titre d'exemple, seuls 8 juristes de communes ont répondu à l'enquête quantitative, tous appartenant à une collectivité employant plus de 500 agents. Dès lors, la réalité des plus petites entités n'a pas pu être sondée.

Au-delà de cette considération importante, une **profonde hétérogénéité des situations a pu être constatée**, non seulement en termes de degré d'avancement des entités sur la mise en place des mesures, mais encore sur la teneur même des mesures. S'il convient de renvoyer aux résumés intermédiaires pour le détail de chacune des mesures, il faut toutefois noter que certaines d'entre elles semblent cristalliser les difficultés. En particulier, **l'engagement de l'instance dirigeante**, s'agissant des collectivités territoriales, est tributaire de la volonté

politique des élus. Le **dispositif d'alerte** est parfois mal appréhendé du fait de la superposition d'autres dispositifs semblables. La **cartographie des risques** est un exercice particulièrement délicat à conduire puisqu'il suppose la mobilisation de l'ensemble des directions et services de l'entité : ici, la difficulté est proportionnelle à la taille et aux compétences de la collectivité considérée. La **formation** n'emprunte pas les canaux habituels de la formation continue des agents publics, puisqu'elle est nécessairement adaptée aux réalités de l'entité considérée, ce qui soulève d'importantes difficultés. Enfin, **l'évaluation des tiers**, s'agissant des contrats publics, est souvent considérée comme peu effective du fait de l'encadrement des motifs d'exclusion des candidats et les praticiens doutent de sa réelle pertinence.

## 2. Les mesures de prévention de la corruption mises en œuvre par les opérateurs économiques

Sans que cela ne surprenne, **l'appropriation de la logique de compliance est largement plus étendue s'agissant des opérateurs économiques**. Bien entendu, de la même manière que s'agissant des autorités contractantes, les enquêtes ici conduites comportent un biais, car la totalité des personnes interrogées dans le cadre de l'enquête qualitative sont collaboratrices d'entreprises soumises aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2 et que, s'agissant de l'enquête quantitative, ce sont 87,5 % des sondés qui sont dans cette même situation. Dès lors, une réalité, celle des PME ou des ETI n'excédant pas les seuils d'applicabilité de l'article 17, n'est pas explorée.

Néanmoins, les enquêtes ont permis de mettre en lumière tout à la fois les **méthodes vertueuses** et les **difficultés intrinsèques à chacune des mesures** précisées par la loi et les recommandations de l'Agence française anticorruption. Ici encore, il convient de renvoyer, pour le détail, aux différents résumés intermédiaires, mais de préciser tout de même qu'ici encore, **la réalité est profondément hétérogène**, ce qui au demeurant est le signe d'une bonne appropriation de la logique par les opérateurs économiques puisque, précisément, un dispositif anticorruption pertinent doit être **adapté aux réalités de l'entreprise**.

Une mesure, tout de même, reste globalement peu effective s'agissant du cas particulier des contrats publics : **l'évaluation des tiers**. Du fait de la faible connaissance de la logique par les autorités contractantes, les entreprises interrogées sont souvent confrontées à de l'incompréhension voire à de la circonspection de la part d'acheteurs publics auxquels il est demandé de répondre à un questionnaire d'évaluation. Le contrat étant, par sa nature même, le moment évident de l'évaluation des tiers, **l'absence d'une communion de régimes s'agissant des dispositifs anticorruption entre personnes publiques et personnes privées aboutit à une perte d'intérêt de cette mesure précise dans les contrats publics**.

## Partie III

### Le rôle préventif de l'Agence française anticorruption

#### 1. La prévention par le conseil

Prise dans sa globalité, **l'activité de conseil de l'Agence française anticorruption est plutôt bien considérée par les praticiens**. Cependant, les appréciations divergent si l'on entre dans le détail des différentes manifestations de cette activité de conseil.

**L'appui individuel**, peu développé du fait des moyens contraints dont bénéficie l'AFA, semble souvent vu d'un **œil suspicieux**, ce qui est lié, selon certains praticiens, à la dualité fonctionnelle de l'AFA et à la croyance qu'une demande de conseil à l'agence revient, en quelque sorte, à prêter le flanc et à risquer un contrôle. Mais cette vision des choses n'est pas partagée par tous : de nombreux praticiens affirment que les conseils de l'AFA ont été profondément bénéfiques pour l'élaboration de leur dispositif anticorruption.

**L'appui générique**, consistant pour l'essentiel dans la publication des recommandations générales de l'AFA, fait lui **l'objet de controverses**. Ainsi, si les recommandations sont parfois considérées comme un appui essentiel à la compréhension de la logique de *compliance* et des attentes de l'AFA, certains estiment que ce document est par trop « théorique » ou déconnecté des réalités de terrain.

Enfin, **l'appui spécifique** apparaît comme étant **le mieux apprécié**. Parce qu'en publiant des guides thématiques ou sectoriels, dont le guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public* est un exemple probant, l'AFA se place à un niveau opérationnel plus pertinent et, finalement, mieux vu par les praticiens.

#### 2. La prévention par le contrôle

L'étude de l'activité de contrôle de l'Agence française anticorruption du point de vue des praticiens fait apparaître à la fois des convergences et des divergences entre autorités contractantes et opérateurs économiques.

Convergence dans un constat d'évolution de la pratique des contrôles par l'AFA elle-même. Sur ce point, autorités contractantes et opérateurs économiques ayant subi un tel contrôle s'accordent à dire que **l'agence est passée d'une pratique qualifiée parfois d'« inquisitoriale » à ses débuts, à une pratique davantage « pédagogique »** et visant non à rechercher à tout prix la sanction, mais plutôt à accompagner les acteurs dans l'amélioration des défauts de leurs dispositifs.

Divergence s'agissant de la **perception du risque de contrôle**. Alors que les juristes d'autorités contractantes ne semblent pas particulièrement inquiets de la survenance d'un tel contrôle, certains estimant même qu'il serait normal que celui-ci intervienne, les juristes d'opérateurs économiques le sont davantage. Ceci s'explique, là encore, par une pluralité de facteurs, le plus évident étant, naturellement, la différence de régime entre les personnes publiques d'une part

et les opérateurs économiques soumis à l'article 17 de la loi Sapin 2 d'autre part puisque seuls ces derniers peuvent être renvoyés devant la commission des sanctions.

## Synthèse des recommandations

*Celles-ci sont détaillées en fin de rapport, aux pages 207 et suivantes*

### Proposition n° 1

Intégrer un article 17-1 à la loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 imposant aux personnes morales de droit public la mise en place d'un référentiel anticorruption en suivant, avec quelques adaptations, la matrice de l'article 17.

### Proposition n° 2

Modifier le décret n°2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption pour préciser les modalités de mise en œuvre du nouvel article 17-1 de la loi « Sapin 2 ».

### Proposition n° 3

Étendre le champ d'application de l'article 17 aux entreprises appartenant à un groupe dont la société mère est étrangère.

### Proposition n° 4

Ajouter une disposition réglementaire au Code de la commande publique afin d'imposer aux autorités contractantes l'évaluation de l'intégrité du candidat auquel il est envisagé d'attribuer un contrat.

### Proposition n° 5

Codifier la jurisprudence *Vert Marine* permettant l'auto-réhabilitation des entreprises visées par un motif d'exclusion de plein droit et adapter les dispositions réglementaires

### Proposition n° 6

Codifier la jurisprudence *Département des Bouches-du-Rhône* en permettant l'exclusion à l'appréciation de l'autorité contractante d'une personne ayant tenté d'influer sur l'attribution d'un contrat de la commande publique au cours des trois années précédant l'attribution d'un contrat.

### Proposition n° 7

Créer un référentiel national et standardisé d'évaluation de l'intégrité des tiers.

# Introduction générale

1. « Si l'auteur de la Divine Comédie pouvait assister aux événements de l'époque contemporaine et fustiger ainsi les mœurs de notre société, il consacrerait sans doute une attention toute particulière au phénomène des "marchés publics" et réserverait une place privilégiée, dans les bas-fonds de son "Enfer", aux légions de corrupteurs et de corrompus qui ont transformé les commandes publiques en un instrument de pillage des deniers du contribuable, que ce soit à des fins d'enrichissement personnel ou pour renflouer les caisses des partis auxquels ils appartiennent »<sup>1</sup>. Ces mots d'A. Mattera suffisent à convaincre de la sensibilité de la question de la corruption dans les contrats publics. Point de rencontre majeur entre action publique et activités économiques, les contrats publics sont, par la nature des choses, particulièrement exposés au risque de corruption. Du reste, dans un contexte de perte de confiance du citoyen dans les institutions publiques, la forte médiatisation des affaires d'atteinte à la probité dans les contrats publics n'a de cesse de renforcer le sentiment tenace d'une forte corruption publique.

Cela peut paraître paradoxal tant on assiste, depuis trois décennies, à une accumulation de textes censés précisément lutter contre la corruption en général et dans les contrats publics en particulier. Cet ensemble particulièrement hétérogène de textes emprunte une pluralité de voies pour atteindre cet objectif : sophistication des règles de passation des contrats publics, transparence administrative, pénalisation de la gestion publique ou, récemment, prévention par la *compliance*, sur laquelle l'accent sera mis dans le présent rapport, qui étudiera principalement les mesures de prévention de la corruption issues de la loi Sapin 2<sup>2</sup> et le rôle de l'Agence française anticorruption.

Après avoir précisé l'objet exact de l'enquête (I) et son intérêt (II), la méthode employée sera exposée (III) et le plan précisé (IV).

## I - L'objet de l'enquête

2. Une approche notionnelle de la corruption (A) apparaît nécessaire avant d'apporter les précisions nécessaires sur les liens qui unissent le couple prévention de la corruption et contrats publics (B).

<sup>1</sup> A. MATTERA, « La politique communautaire des marchés publics : nécessité ou souci de perfectionnisme ? », *Rev. marché unique européen*, 1996, n°4, p. 9.

<sup>2</sup> Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

## A – La notion de corruption

**3. Petite histoire du mot.** La notion de corruption est, sans doute, l'une des notions saisies par le droit qui présentent le plus haut degré de plurivocité. L'on retrouve déjà cette multitude de sens dans l'origine latine du mot de corruption. Étymologiquement, la corruption descend du verbe *corrumpeo, is, ere* qui dispose d'un double sens. Au sens propre, il signifie « *détruire, anéantir* »<sup>3</sup> et au sens figuré « *gâter, détériorer* »<sup>4</sup>. Dès l'origine, le terme de corruption présente donc à la fois une signification physique et une signification morale. Par ailleurs, cette acception morale de la corruption revêt, dès l'époque classique, une dimension politique qui est particulièrement perceptible chez Cicéron, lequel écrit dans le *De legibus* : « *pour moi, je pense que ce sont les habitudes de la vie des grands qui changent les mœurs des cités. C'est par là que les vices des grands sont particulièrement funestes à l'État ; non seulement ils s'adonnent eux-mêmes à ces vices, mais ils les répandent dans la cité et, nuisibles par leur propre corruption, ils le sont encore parce qu'ils corrompent les autres* »<sup>5</sup>.

Cette dimension politique de la corruption va se poursuivre, dès le XVI<sup>ème</sup> siècle avec Machiavel<sup>6</sup>, et s'intensifier au XVIII<sup>ème</sup> siècle, notamment au travers des écrits de Montesquieu. Dans *l'Esprit des lois*, celui-ci met la démocratie en garde contre le risque de corruption en estimant qu'« *à mesure que le luxe s'établit dans une République, l'esprit se tourne vers l'intérêt particulier* »<sup>7</sup>. La corruption apparaît alors comme le passage de la poursuite du bien commun à la recherche de l'intérêt individuel, passage qui se caractérise par la transgression de règles morales. Une telle vision est partagée par Pierre Lascoumes qui estime que la corruption constitue autant de « *débordements du rôle politique* » via la « *transgression de normes de comportement et de valeurs de référence* » en vue de « *la satisfaction d'intérêts particuliers* »<sup>8</sup>. Dès lors, l'idée de corruption suppose deux éléments. D'une part, la violation d'une règle morale, d'autre part, une finalité qui confine à la poursuite d'un intérêt personnel au mépris d'un intérêt collectif. Il convient néanmoins de noter un autre glissement dans la signification de la corruption, entre une conception « *classique* » de la corruption comme « *systémique* » et affectant plus les « *régimes politiques* »<sup>9</sup> que les gouvernants et une conception plus subjective et plus récente portant sur les individus<sup>10</sup>. Tout ceci explique que la corruption ait été saisie par le droit, et plus particulièrement par le droit pénal. Toutefois, la dimension initialement morale de la corruption semble expliquer que différentes acceptions juridiques de la notion aient vu le jour, si bien qu'il est possible de dire que la corruption est une notion brouillée (1.). Il sera donc

<sup>3</sup> F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin-Français*, Hachette, Paris, 1934, p. 434.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> CICERON, *De la République. Des lois*, trad. C. APPUHN, GF Flammarion, Paris, 1965, p. 197. Nous soulignons.

<sup>6</sup> D. TARANTO, « Sur la corruption chez Machiavel. Temporalité et espace privé », in G. SFEZ et M. SENELLART, *L'enjeu Machiavel*, PUF, Paris, 2001, p. 47.

<sup>7</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, GF Flammarion, Paris, 2019.

<sup>8</sup> P. LASCOUMES, *Favoritisme et corruption à la française – petits arrangements avec la probité*, Les Presses de Sciences po, Paris, 2010, p. 69.

<sup>9</sup> Une telle vision est encore perceptible dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont le préambule s'ouvre ainsi : « *Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements* ».

<sup>10</sup> Pour un exposé de cette évolution, v. T. BOCCON-GIBOD, « De la corruption des régimes à la confusion des intérêts : pour



nécessaire de préciser l'acceptation retenue dans la présente étude (2.) avant de dresser un bref état des lieux de la corruption comme phénomène (3.).

### 1. Une notion juridique brouillée

**4. Une notion polysémique et évolutive.** On peut définir la corruption, « *simplement comme l'utilisation d'une charge publique à des fins privées* »<sup>11</sup>. Toutefois, il faut également souligner qu'il est d'expérience générale que réduire une notion à « *une définition très générale et minimaliste ne peut permettre d'en apprécier l'exact contenu* »<sup>12</sup>. D'où la nécessité de « *clarification* »<sup>13</sup> du concept de corruption étant entendu que, notamment d'un point de vue opérationnel, une telle clarification apparaît nécessaire. C'est d'ailleurs toute l'idée défendue par É. Houlette, ancienne procureure de la République financier, selon qui « *pour le parquet national financier, l'absence de corrélation parfaite entre corruption et probité rend le Code pénal difficile à manier* »<sup>14</sup>. Cette incertitude quant au contenu précis de la notion de corruption s'accroît, selon l'auteure, par la dynamique évolutive de la notion, qui évolue au gré des lois ou conventions internationales entendant en régir certains de ses aspects. Une incursion dans les notions de corruption au sens du droit français et du droit international apparaît nécessaire avant de fixer la définition ici retenue.

**5. La notion de corruption au sens du droit français.** Le droit interne offre une pluralité de définitions juridiques de la corruption. Même si l'on ne se réfère qu'au droit pénal, il faut se résoudre à constater que « *le législateur n'identifie pas seulement une corruption, mais des corruptions* »<sup>15</sup> puisqu'en effet, on retrouve le terme dans plusieurs subdivisions du Code pénal, si bien que l'on peut d'emblée dresser la typologie suivante :

- **Corruption passive par des personnes exerçant une fonction publique** : articles 432-11 et 432-11-1 ;
- **Corruption active par des particuliers portant atteinte à l'administration publique** : articles 433-1, 433-2 et 433-2-1 ;
- **Corruptions active et passive portant atteinte à l'administration publique des Communautés européennes, des États membres de l'Union européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques** : articles 435-1 à 435-4 ;
- **Corruptions active et passive portant atteinte à l'action de la justice des Communautés européennes, des États membres de l'Union européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques** : articles 435-7 à 435-10 ;

<sup>11</sup> J. CARTIER-BRESSON, « L'analyse des coûts économiques de la corruption », *RFFP*, 2000, n°69, p. 19.

<sup>12</sup> F. LOMBARD, *La cause dans les contrats administratifs*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 77, Paris, 2008, p. 264.

<sup>13</sup> M. BOUVARD, « Le concept de corruption : un besoin de clarification », *RFFP*, 2019, n°147, p. 13.

<sup>14</sup> É. HOULETTE, « Clarifier le concept de corruption », *RFFP*, 2019, n°147, p. 27.

<sup>15</sup> L.-A. BOUVIER, « La conception de la corruption dans le droit pénal », *RFFP*, 2019, n°47, p. 15.

- **Corruption des personnes n'exerçant pas une fonction publique (aussi appelée corruption privée) : articles 445-1 à 445-4.**

Toutefois, il est possible de discerner des invariants de la corruption telle que saisie par le droit pénal français. En effet, tout le système français de lutte contre la corruption est fondé sur la partition entre deux « *sous-formes de corruption* »<sup>16</sup>, « *deux infractions distinctes, bien que juxtaposées et complémentaires, respectivement désignées sous les vocables de corruption active (œuvre du corrupteur) et de corruption passive (œuvre du corrompu)* »<sup>17</sup>. L'on n'est donc pas surpris de constater que le fait qu'elle soit publique ou privée ne bouleverse en rien la structure même de l'infraction de corruption, passive comme active et la lecture comparée des dispositions du Code pénal suffit à en convaincre. Concernant la corruption passive, elle représente, lorsque publique « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui [...] pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat* » (article 432-11 du Code pénal). Privée, elle représente « *le fait, par une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles* » (article 445-2 du Code pénal). On note un parallélisme analogue en ce qui concerne la corruption active. Si elle est exercée à l'encontre d'une administration publique, elle est définie comme tel : « *le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui [...] pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir, un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat* » (article 433-1 du Code pénal). Côté privé, elle représente « *le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme*

---

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> B.-A. PIREYRE, « Corruption et trafic d'influence : l'approche du droit pénal », *RFFP*, 2000, n°69, p. 33.

*quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles* » (article 445-1-1 du Code pénal). Nous avons ici retenu, pour les besoins de la démonstration, la version la plus large des délits de corruption active, qui est constituée non par la cession d'un avantage, mais par sa seule proposition.

Il faut alors noter que le droit pénal propose une définition des délits de corruption qui est tout à la fois large dans ses éléments constitutifs, mais restreinte dans son champ d'application. Au rang des éléments constitutifs, on constate en effet que la corruption est « *un délit formel et non un délit de résultat* »<sup>18</sup>, ce qui implique que la simple sollicitation est répréhensible, ce qui permet de faire tomber sous le coup de la loi pénale une multitude de situations. Néanmoins, il y a lieu de relever que dans son champ d'application, la corruption ne constitue que l'une des multiples facettes de ce que le Code pénal désigne, en ce qui concerne les agents publics et élus, sous les « manquement au devoir de probité ».

Cependant, on pressent que la notion de corruption est appelée à épouser un spectre plus large en droit français. En effet, les nombreuses lois ayant vocation à lutter contre la corruption semblent opter pour une acception étendue de la notion. Égrener les exemples n'est pas utile, mais retenir celui de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 », est riche d'enseignements. Son article premier, qui instaure l'Agence française anticorruption, dispose que « *l'Agence française anticorruption est un service à compétence nationale, placé auprès du ministre de la Justice et du ministre chargé du Budget, ayant pour mission d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme* ». Implicitement, donc, le législateur assimile la corruption aux manquements au devoir de probité, ce qui semble être davantage en phase avec une conception élargie de la notion juridique de corruption, par ailleurs retenue par le droit international.

**6. La notion de corruption au sens du droit international.** La lutte contre la corruption a aujourd'hui une dimension internationale incontestable<sup>19</sup> et le phénomène a été saisi de manière très large par une pluralité de conventions et organisations internationales qui ont entendu fixer des standards en la matière, voire mettre en place des organes ou procédures de contrôle des États. Dans le cadre de la présente approche notionnelle, une revue de l'étendue de la notion de corruption en droit international apparaît nécessaire.

- **Convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales** : dans ce texte,

<sup>18</sup> L.-A. BOUVIER, *op. cit.*

<sup>19</sup> P. BONIFACE, « La lutte contre la corruption, nouveau paradigme des relations internationales », *Revue internationale et stratégique*, 2016, n°1, vol. 101, p. 75 ; R. JAUNE, « Règles pénales et administratives de la lutte anticorruption : l'influence des normes étrangères et internationales », *RFAP*, 2020, n°3, vol. 175, p. 645.

ratifié par la France et entré en vigueur le 29 septembre 2000, la corruption est entendue de manière restrictive puisqu'elle ne porte que sur la corruption active d'un agent public étranger, son article premier stipulant que la corruption désigne « *le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international* »<sup>20</sup>.

- **Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, dite Convention de Mérida** : ratifiée par la France et entrée en vigueur le 14 décembre 2005, elle a été signée par 114 États. Ici, une vision plus large de la corruption est retenue puisque, tout en étant intitulée « convention contre la corruption », elle appréhende une pluralité de faits : la corruption d'agents publics nationaux (article 15), d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques (article 16), la soustraction, le détournement ou tout autre usage illicite de biens par un agent public (article 17), le trafic d'influence (article 18), l'abus de fonctions (article 19), l'enrichissement illicite (article 20), la corruption dans le secteur privé (article 21), la soustraction de biens dans le secteur privé (article 22) et le blanchiment du produit de ces infractions (article 23)<sup>21</sup>.
- **Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999** : ce texte du Conseil de l'Europe a une portée plus large que la convention OCDE, mais plus restrictive que celle des Nations Unies puisqu'il recouvre les infractions de corruption active et passive, publique et privée, nationale et internationale (articles 2 à 11), mais encore le trafic d'influence (article 12) et le blanchiment du produit des délits de corruption (article 13)<sup>22</sup>. Précisons que le Conseil de l'Europe s'est doté d'autres textes relatifs à la corruption, tels que la Convention civile sur la corruption du 4 novembre 1999<sup>23</sup>, un Protocole additionnel à la Convention pénale du 15 mai 2003 spécifiquement dédié à la corruption d'arbitres nationaux et internationaux<sup>24</sup>, dont le suivi est assuré par le Groupe d'États contre la corruption (GRECO), dont la composition est plus large que les États parties au Conseil de l'Europe.
- **Convention de l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne publiée le 25 juin 1997** : ce texte convenu en application du traité sur l'Union européenne ne traite que des corruptions active et passive sur les agents publics<sup>25</sup>. Toutefois, dans l'immensité des rapports et recommandations des institutions européennes relatifs à la lutte contre la corruption, il apparaît, là encore, que l'Union européenne a une conception bien plus

<sup>20</sup> [https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery\\_FR.pdf](https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf).

<sup>21</sup> [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-f.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-f.pdf).

<sup>22</sup> <https://rm.coe.int/168007f3f8>.

<sup>23</sup> <https://rm.coe.int/168007f3f9>.

<sup>24</sup> <https://rm.coe.int/1680083721>.

<sup>25</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A41997A0625%2801%29>.

large de la corruption en témoigne notamment la communication de la Commission au Conseil et au Parlement relative aux mesures de prévention de la corruption dans les États membres de l'Union européenne qui, au rang de la lutte contre la corruption dans les marchés publics identifie le délit d'octroi injustifié français comme une composante de la corruption<sup>26</sup>.

Cet aperçu des normes internationales relatives à la corruption fait en réalité apparaître, au plan juridique, un double sens à cette dernière : d'un point de vue restrictif, elle concerne les seuls délits de corruption active ou passive tels que retenus en droit français. D'un point de vue extensif, elle correspond non seulement à l'ensemble de ces délits, qu'ils soient publics ou privés, mais encore à ce que le Code pénal désigne sous l'appellation générique de manquements au devoir de probité. Il en résulte que « *le terme corruption est employé par la norme internationale comme un vocable générique, dans le sens du langage courant, qui n'est pas la langue du droit* »<sup>27</sup>.

## 2. L'acceptation retenue : les manquements au devoir de probité et la corruption active d'agent public

**7. Justification : une vision panoptique du phénomène corruptif dans les contrats publics.** Au-delà du fait que « *les attentes de nos concitoyens reposent sur une conception très élargie du concept de corruption* »<sup>28</sup>, plusieurs raisons de nature scientifique nous conduisent à définir, dans le cadre de la présente étude, la corruption comme englobant tout à la fois les manquements au devoir de probité des gestionnaires publics, mais encore la corruption active d'agent public. D'abord, la dimension plurivoque de la notion de corruption appelle à ne pas se cantonner à la définition restrictive du Code pénal : les études en sciences sociales témoignent par ailleurs largement des profondes variations dans l'appréhension de la définition de la corruption, si bien que tend à se déployer une approche constructiviste de la notion qui recourt à l'empirisme pour essayer de la saisir<sup>29</sup>. Ensuite, il est constant que le cycle des contrats publics, de la phase préalable à la passation jusqu'à leur terme, peut être sujet à l'ensemble des infractions de manquement au devoir de probité ainsi que l'a rappelé le guide de l'AFA et de la Direction des achats de l'État *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*, paru en juin 2020<sup>30</sup>.

**8. Définition des manquements au devoir de probité et de la corruption active d'agent public.** La notion de probité est longtemps restée étrangère au droit<sup>31</sup>. Généralement

<sup>26</sup> [https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/101/default2\\_fr.htm](https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/101/default2_fr.htm).

<sup>27</sup> A. BAVITOT, *La probité publique en droit pénal*, PUAM, coll. « Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles », Aix-Marseille, 2018, pp. 24-25.

<sup>28</sup> É. HOULETTE, *op. cit.*

<sup>29</sup> V. sur ce point M. AGATOR, *État de l'art. La corruption vue par les sciences humaines et sociales*, Mission de recherche Droit & Justice, 2021, p. 11.

<sup>30</sup> [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide\\_maitrise\\_risque\\_corruption-Hyperlien.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide_maitrise_risque_corruption-Hyperlien.pdf).

<sup>31</sup> V. J.-M. BRIGANT, *Contribution à l'étude de la probité*, PUAM, coll. « Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles », Aix-Marseille, 2012.

qualifiée de « *principe de morale sociale* »<sup>32</sup>, elle se définit comme une « *droiture qui porte à respecter le bien d'autrui* »<sup>33</sup>. La probité n'est cependant pas synonyme d'intégrité puisque, selon A. Bavitot, elle « *renvoie aux lois et aux mœurs tandis que l'intégrité a trait à la vertu* »<sup>34</sup>. Toutefois, sa coloration essentiellement morale explique que le droit ait tardé à s'en saisir et qu'elle apparaisse comme une notion juridique dont l'avantage tiende plutôt de la commodité que de la précision. Par ailleurs, si on la trouve d'abord en droit pénal, elle est également mobilisée en droit de la fonction publique puisque l'article L.121-1 du Code général de la fonction publique dispose que « *l'agent public exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité* ». Au sens du droit pénal, elle ne constitue pas une infraction en soi, mais une catégorie regroupant une pluralité d'infractions, dont la corruption.

Devant l'impossibilité de donner une définition juridique d'ensemble de la corruption dans les contrats publics, sera ici retenue une définition par agrégation des infractions pénales pouvant survenir dans le cadre de la passation ou de l'exécution de contrats publics, c'est-à-dire l'ensemble des manquements au devoir de probité ainsi que la corruption active d'agent public. Précisons par ailleurs que, s'agissant de la catégorie des manquements au devoir de probité, la doctrine pénaliste considère généralement qu'il s'agit d'une catégorie d'infractions « *empilées* », voire « *éclatées* »<sup>35</sup>, qui serait de nature à mettre à mal la « *fonction pédagogique* » et « *dissuasive* » du droit pénal, étant entendu que la structure de certaines de ces infractions, en particulier le délit de favoritisme ne permet pas seulement de protéger « *la chose publique* » en ce qu'elle aboutit à pénaliser jusqu'à « *une apparence de manquement* »<sup>36</sup>.

- **La concussion** : issue du droit romain et prévue à l'article 432-10, elle est le fait pour un fonctionnaire d'exiger en tout ou partie à titre d'impôt ou de taxe une somme qui n'est pas due. La concussion représente également le fait d'accorder une exonération ou une franchise en matière de droits, contributions, impôts ou taxes, en violation des textes légaux et réglementaires. Ici, il n'y a pas de coresponsabilité, il s'agit, pour le coupable, de proclamer comme un droit ce qui n'en est pas un. Il ne sollicite pas ou n'accepte pas un « cadeau » comme dans le cas précis de la corruption et il n'est pas nécessaire que l'agent en ait retiré un profit personnel. En outre, l'infraction est commise quand bien même le droit indu aurait été encaissé par la collectivité et non par l'agent. Une telle infraction est, il faut bien le dire, rare en matière de contrats publics, mais elle intervient par exemple dans le cas d'un contrat d'affermage d'un service des eaux usées qui prévoit la perception indue d'une surtaxe sur les usagers, recouvrée par la société fermière et reversée à l'acheteur<sup>37</sup>.
- **La corruption passive** : elle existe depuis le Code pénal de 1810 et est aujourd'hui réprimée par l'article 432-11 du Nouveau Code pénal. La corruption passive est caractérisée par la preuve que la personne poursuivie, dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou titulaire d'un mandat électif, a, en

<sup>32</sup> A. BAVITOT, *op. cit.*, p. 17.

<sup>33</sup> « Probité », in *Dictionnaire de l'Académie Française*, [www.dictionnaire-academie.fr](http://www.dictionnaire-academie.fr).

<sup>34</sup> A. BAVITOT, *op. cit.*

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 30.

---

<sup>37</sup> Cass. Crim., 19 déc. 2018, *SIVOM de Vico-Coggia*, n°18-81.328.

contrepartie d'un avantage quelconque, accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de sa fonction. Cette dernière peut alors viser n'importe quel acte de la vie publique que le décideur peut accomplir du fait de ses fonctions, qu'il s'agisse d'un comportement positif ou d'une abstention et est naturellement envisageable dans le cycle des contrats publics.

- **Le trafic d'influence** : également réprimé par l'article 432-11 du Code pénal, il consiste à rémunérer ou à offrir un avantage à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou titulaire d'un mandat électif, cette fois-ci non pas pour qu'elle accomplisse un acte de sa fonction ou s'abstienne de le faire, mais pour qu'elle utilise son influence, réelle ou supposée auprès d'une autre personne, qui, elle, dispose du pouvoir de décision, afin d'obtenir une décision favorable. Le Code vise notamment « les distinctions, les emplois et les marchés ».
- **La prise illégale d'intérêts** : elle est réprimée par les articles 432-12 et -13 du Code pénal. Le délit, récemment modifié par la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire<sup>38</sup>, réside dans le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou titulaire d'un mandat électif de prendre ou recevoir un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité, dans une entreprise dont elle a la charge d'assurer la surveillance, la liquidation, ou le paiement. On n'est pas ici dans la corruption à proprement parler étant donné que ce n'est pas la commission d'actes contraires à la mission de l'agent public qui est réprimée, mais le risque de commission de tels actes engendré par la situation de conflit d'intérêts générée par la prise illégale d'intérêt.
- **Le délit d'octroi d'avantage injustifié** : Créé par la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de passation de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, il est aujourd'hui réprimé par l'article 432-14 du Code pénal. Plus précisément, c'est l'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession en procurant ou en tentant de procurer à autrui un avantage injustifié qui constitue l'infraction. Il n'y a pas nécessairement d'accord entre les deux parties, mais le juge pénal peut sanctionner les auteurs des pratiques de favoritisme quand bien même ils n'auraient bénéficié d'aucun avantage personnel.
- **La soustraction ou le détournement de biens** : infraction très ancienne, connue depuis le droit romain et mentionné aux articles 432-15 et -16, il sanctionne le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou un subordonné, de détruire, détourner ou soustraire un acte, un titre, des fonds, effets ou tout objet lui ayant été remis à raison de ses fonctions.

<sup>38</sup> J.-F. KERLEO, « Réformes de la prise illégale d'intérêts : l'alignement du droit pénal sur le droit administratif », *JCP A*, 2021, n°7, 2058.

- **La corruption active d'agent public** : la corruption active d'agent public est le pendant des délits de corruption passive et de trafic d'influence. Réprimée aux articles 433-1 et -2 du Code pénal, elle est le fait, pour une personne de proposer ou céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou titulaire d'un mandat électif un avantage quelconque, pour elle ou pour autrui, en vue de l'accomplissement d'un acte de sa fonction ou d'une abstention d'accomplissement d'un tel acte ou afin que la personne abuse de son influence, réelle ou supposée en vue d'obtenir une décision favorable. Il ne s'agit pas, ici, d'un manquement au devoir de probité puisque la personne incriminée est, non plus le corrompu, mais le corrupteur.

### 3. La corruption comme phénomène : un bref état des lieux

9. Il serait illusoire de prétendre vouloir dresser un panorama complet et exhaustif du phénomène de corruption, dans le temps et dans l'espace. La corruption de décideurs publics est attestée depuis l'Antiquité – l'évocation du règne de Néron suffit à s'en convaincre – et il est clair qu'il s'agit d'un phénomène international. Du reste, ainsi que cela a déjà été précisé, la corruption est une notion équivoque et sa traduction pénale réside dans un délit qui a pu être qualifié de « *mutant* »<sup>39</sup>, particulièrement exposé aux données politiques et socio-économiques. Le cadre de cette présentation du phénomène de corruption sera donc limité à la France et à la période postérieure aux lois de décentralisation de 1982-1983.

10. **Un phénomène dynamique.** Il est évident que la corruption était déjà fortement ancrée dans les pratiques antérieures aux lois de décentralisation : les affaires du Canal de Panama en 1893 ou Stavisky en 1934, pour ne citer que les plus retentissantes, sont là pour le rappeler. Néanmoins, il est constant que les délits existants étaient « *peu poursuivis* »<sup>40</sup>. Dans ce contexte, les lois de décentralisation du début du premier septennat de François Mitterrand ont, semble-t-il, constitué un terreau favorable au déploiement du phénomène. En particulier, ainsi que le notait le SCPC dans son étude sur la corruption dans les collectivités locales, « *les premières lois de décentralisation ont mis l'accent sur les "libertés locales", en négligeant la "responsabilité locale" qui devait en être le pendant* »<sup>41</sup>. En démultipliant ainsi les centres de pouvoir et en conférant aux collectivités territoriales des compétences particulièrement élargies sans renforcer les contrôles ou en négligeant les procédés d'évaluation<sup>42</sup>, la décentralisation apparaît en effet comme le creuset de la corruption. Le préfet, dépourvu de sa tutelle, apparaît affaibli face aux élus locaux. Du reste, les Chambres régionales des comptes, instituées en 1982, n'ont initialement représenté qu'un « *contrepois tout relatif aux nouveaux pouvoirs des élus* »<sup>43</sup>, notamment en matière de lutte contre la corruption. Il est en effet constant que ces dernières n'étaient ni dotées des moyens nécessaires, ni investies des

<sup>39</sup> F. FAROUZ-CHOPIN, *La lutte contre la corruption*, Presses universitaires du Septentrion, Paris, 2000, p. 49.

<sup>40</sup> SCPC, *Rapport annuel 2013*, p. 209.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>42</sup> V. P. LE LIDEC, « Le pouvoir sans la responsabilité. Le statut de l'évaluation dans la nouvelle étape de la décentralisation », *Informations sociales*, 2005, n°121, p. 56.

<sup>43</sup> SCPC, *Rapport annuel 2013*, p. 214.

prérogatives adéquates pour être de véritables institutions d'appui à la lutte contre la corruption, étant entendu qu'elles « *n'ont pas été initialement conçues en vue de lutter contre une corruption qui n'était pas à l'époque à l'ordre du jour* »<sup>44</sup>. Néanmoins, des évolutions notables puissent être observées en la matière<sup>45</sup>. Enfin, le déploiement de l'intercommunalité à compter de la loi ATR du 6 février 1992 est venu amplifier le phénomène<sup>46</sup>. Mais en réalité, si la décentralisation a pu apparaître comme le creuset de la corruption, c'est aussi du fait de l'ensemble d'encadrement du financement des partis politiques et campagnes électorales avant que n'interviennent les lois ordinaire et organique du 11 mars 1988. En particulier, la possibilité pour les personnes morales de financer les partis politiques générerait une forme de « *corruption institutionnalisée* » au niveau local, ce à quoi les nombreuses lois relatives à la transparence de la vie politique ont entendu remédier<sup>47</sup>.

Depuis lors, nous y reviendrons ultérieurement, de nombreux textes sont intervenus pour endiguer le mouvement, mais il reste qu'à la fin des années 1980, le constat suivant pouvait être dressé : « *corruption, pots-de-vin, trafics d'influence sont des hypothèses bannies de la réflexion sur le fonctionnement de l'administration et du système politique français* »<sup>48</sup>.

**11. Un phénomène aux représentations multiples.** Par nature opaque, la corruption est particulièrement résistante à la mesure, si bien que l'on observe un décalage significatif entre d'une part les données judiciaires – qui présentent l'avantage de livrer une vérité judiciaire – et, d'autre part, la perception de la corruption par la perception de la corruption ou l'opinion publique.

- **La mesure par les données judiciaires :** dans ses rapports annuels, l'AFA – et, avant elle, le SCPC, livre les chiffres essentiels des traitements judiciaires de faits constitutifs de manquements au devoir de probité après analyse des données du Casier judiciaire national. Si l'on ne retient que les condamnations, on observe une certaine stabilité de ces chiffres depuis 2011, ainsi que le montre le graphique suivant<sup>49</sup>, avec entre 2011 et 2019, une moyenne de 294, 25 condamnations par an.

---

<sup>44</sup> J.-L. CHARTIER, « Les collectivités et la corruption », *RFFP*, 2000, n°69, p. 79.

<sup>45</sup> V. notamment D. LAMARQUE et G. MILLER, « Les chambres régionales des comptes et le juge judiciaire », *AJDA*, 2000, p. 513 ; O. BENOIT, « Les chambres régionales des comptes face aux élus locaux, les effets inattendus d'une institution », *RFSP*, 2003, Vol. 53, p. 537 ; G. MILLER, « La cour des comptes et les juridictions financières : les garantes de plus en plus vigilantes de la probité des gestions publiques », *RFFP*, 2019, n°147, p. 111.

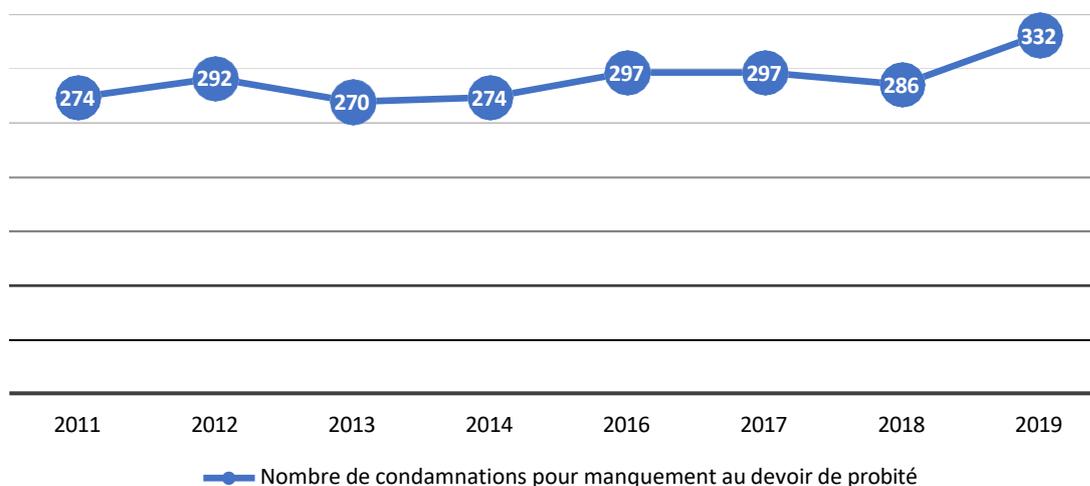
<sup>46</sup> SCPC, *Rapport annuel 2013*, p. 216.

<sup>47</sup> M. SAPIN, *Interview conduite par la Chaire le 15 décembre 2021*.

<sup>48</sup> T. TANGUY, « Quand l'argent fait la loi. Le cas de l'urbanisme commercial », *Pouvoirs*, 1988, n°46, p. 97.

<sup>49</sup> Données issues des rapports annuels du SCPC (2013, 2014 et 2015) et de l'AFA (2017, 2018, 2019 et 2020). En l'absence de rapport du SCPC pour l'année 2016, lié à la disparition, les données pour l'année 2015 ne sont pas matérialisées.

## Nombre de condamnations pour manquement au devoir de probité



Si l'on rapporte ces données brutes au nombre de personnes disposant d'un mandat électif ou exerçant une fonction publique, le taux de condamnation par élu ou fonctionnaire est extrêmement faible. Selon la direction générale de l'administration et de la fonction publique, en 2018<sup>50</sup>, les effectifs des trois fonctions publiques s'élevaient à 5 564 320 personnes (hors contrats aidés)<sup>51</sup>. Sur la même année, le nombre total d'élus est plus difficile à déterminer, non seulement du fait des hypothèses de cumul de mandats, mais encore des données disponibles. En effet, selon les chiffres de la direction générale des collectivités locales, l'on recensait au 1<sup>er</sup> janvier 2018 : 503 305 conseillers municipaux, 4031 conseillers départementaux et 1922 conseillers régionaux<sup>52</sup>. À ceux-là, il convient d'ajouter les 63 548 membres des organes délibérants des établissements publics de coopération intercommunale<sup>53</sup> et, pour la même époque, les 577 députés, 348 sénateurs, 29 membres du Gouvernement et le président de la République, ce qui donne un total de 573 751. Naturellement, ce chiffre est, pour les raisons évoquées, contingent, mais il s'approche de la réalité. En retenant ces chiffres, on constate qu'en 2018, sur la totalité des élus et agents publics, 0,0047 % d'entre eux ont été condamnés pour des faits de manquement au devoir de probité. Ces chiffres semblent démontrer qu'en apparence, les manquements au devoir de probité ne sont le fait que d'une extrême minorité d'élus ou d'agents publics. Toutefois, ces chiffres sont à nuancer. D'abord du fait du caractère opaque de la corruption qui laisse à penser que les manquements sanctionnés par le juge pénal ne représentent en réalité que la partie émergée de l'iceberg. Ensuite, une partie de la doctrine estime que les données

<sup>50</sup> Il s'agit des dernières données disponibles.

<sup>51</sup> [https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/statistiques/chiffres\\_cles/pdf/CC\\_2020\\_web.pdf](https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/statistiques/chiffres_cles/pdf/CC_2020_web.pdf).

<sup>52</sup> <https://www.collectivites-locales.gouv.fr/elus-locaux>.

<sup>53</sup> En l'absence de données de la DGCL, nous retenons pour les conseillers communautaires et métropolitains celles de *La Gazette des communes* : <https://www.lagazettedescommunes.com/523279/y-a-t-il-vraiment-trop-delus-locaux/>.

disponibles en la matière sont à ce point limitées que cela traduit en réalité une survivance d'une culture de l'opacité au sein même de l'administration. C'est le point de vue défendu par F. Dreyfus, qui estime à propos des données publiées par l'AFA que « *l'extrême parcimonie de l'information, son imprécision s'apparentant à un manque de transparence délibéré, nous semble mettre en évidence le caractère toujours tabou de la reconnaissance de ce type de comportements au sein de l'administration* »<sup>54</sup>. Le caractère insuffisamment représentatif des données judiciaires relatives à la corruption explique pourquoi une autre forme de mesure du phénomène s'est développée, la mesure par la perception de la corruption dans l'opinion publique.

- **La mesure par la perception de la corruption** : il faut ici mentionner un instrument de mesure de la corruption particulièrement médiatisé et qui trouve des relais officiels auprès de la Commission européenne<sup>55</sup> ou encore du Parlement<sup>56</sup> : l'indice de perception de la corruption de *Transparency international*. Élaboré à partir de 1993 et fondé sur une définition particulièrement large de la corruption comme « *l'abus d'une charge publique à des fins d'enrichissement personnel* »<sup>57</sup>, il s'agit d'un « *indice composite, un sondage de sondages, faisant appel à des données sur la corruption tirées de sondages d'experts réalisés par divers organismes indépendants* »<sup>58</sup>. Plus prosaïquement, l'indice se matérialise sous la forme d'une note sur 100 attribuée à chaque État, étant entendu que plus la note est élevée, moins la perception de la corruption est intense, qui permet ensuite de déterminer un classement. Si l'on retient la même période qu'en ce qui concerne les données judiciaires, on observe la même stabilité, la France ayant obtenu la note de 70 en 2011 (classée 25<sup>ème</sup> mondiale) et 72 en 2018 (classée 21<sup>ème</sup> mondiale), l'indicateur oscillant entre 69 et 72. Depuis 2018, la note a été dégradée pour atteindre 69. Cet indice, et le classement qui en résulte semblent montrer que les citoyens ont une perception de la corruption qui est bien déconnectée de la réalité judiciaire. Mais il faut surtout préciser qu'en réalité, cet indicateur ne reflète que très imparfaitement la perception de la corruption, puisque comme le souligne F. Dreyfus, « *en fait ce ne sont pas les citoyens ordinaires, mais des "experts" et des hommes d'affaires qui sont enquêtés pour établir l'indice de perception de la corruption à partir duquel est établi un classement international des États, discutable méthodologiquement, mais apprécié des investisseurs et des médias* »<sup>59</sup>.

*Transparency international* publie également un Baromètre mondial de la corruption depuis 2010, qui ambitionne d'évaluer les « *perceptions et expériences* » du « *grand public* »<sup>60</sup> en matière de corruption. Également critiquable dans sa méthodologie<sup>61</sup> –

<sup>54</sup> F. DREYFUS, « La corruption : d'un impensé politique à une politique normative », *RFAP*, 2020, n°3, p. 609.

<sup>55</sup> V. notamment Commission européenne, *Rapport sur l'État de droit*, 2020, Chapitre consacré à la situation de l'État de droit en France, p. 5.

<sup>56</sup> V. par exemple R. GAUVAIN et O. MARLEIX, *Rapport de la mission d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 »*, Assemblée nationale.

<sup>57</sup> <https://transparency-france.org/publications/indices-de-perception-de-corruption/#.YZN7Oy1ziu4>.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> F. DREYFUS, « Les citoyens face à la corruption : acteurs moraux ou tolérants ? », *RFAP*, 2020, n°3, p. 707.

<sup>60</sup> [https://transparency-france.org/publications/indices-de-perception-de-corruption/#.YZPVRy1zj\\_Q](https://transparency-france.org/publications/indices-de-perception-de-corruption/#.YZPVRy1zj_Q).

---

<sup>61</sup> F. DREYFUS, « Les citoyens face à la corruption : acteurs moraux ou tolérants ? », *op. cit.*

laquelle n'est par ailleurs que très succinctement exposée au début des rapports exposant les résultats du baromètre – ce baromètre permet néanmoins d'avoir un aperçu plus fin de la perception de la corruption dans l'opinion publique et fait apparaître un paradoxe en la forme d'un décalage entre la perception de la corruption et l'expérience pratique de la corruption. Par exemple, selon le Baromètre 2021 portant sur l'Union européenne, si l'on considère le cas de la France, 62 % des personnes sondées considèrent la corruption du gouvernement (au sens large de responsables politiques) est un « *big problem* »<sup>62</sup>. En revanche, seuls 5 % affirment avoir déjà payé un pot-de-vin pour obtenir un avantage en tant qu'usagers d'un service public<sup>63</sup>. Cela s'explique par un phénomène mis en lumière par P. Lascoumes pour qui « *dénoncer la corruption serait d'abord une façon d'exprimer une distance suspicieuse pour un milieu et des pratiques perçus comme étrangers, comme peu compréhensibles et dont on préfère se tenir à distance* »<sup>64</sup>, avant d'être une réaction à une expérience vécue. Deux conclusions peuvent être tirées de ce constat. La première est que la perception de la corruption n'apparaît que comme une facette d'un problème systémique beaucoup plus vaste de perte de confiance des citoyens dans leurs représentants<sup>65</sup>. La seconde est que la mesure de la corruption par la perception de celle-ci par les citoyens s'apparente, elle aussi, à une impasse scientifique, la corruption résistant toujours à toute entreprise de quantification du fait de sa nature.

Cette méthode de mesure par la perception a également été utilisée par l'Agence française anticorruption dans le cadre de sa récente enquête – réalisée en 2021 et publiée en 2022 – sur la corruption dans le secteur public local, d'où il est ressorti que 14,4 % des entités sondées affirmaient avoir connu des cas de corruption<sup>66</sup>.

Se pose donc un réel problème de connaissance du phénomène de corruption et de son ampleur, laquelle connaissance constitue d'ailleurs le premier axe du plan pluriannuel de lutte contre la corruption 2020-2022 de l'AFA, qui préconise « *une meilleure exploitation des données publiques* »<sup>67</sup> dans le but de prescrire les mesures les mieux adaptées.

## B – Prévention de la corruption et contrats publics

**12.** Il est constant que les relations entre les secteurs public et privé sont le siège de pratiques de corruption et que, partant, les contrats publics, et notamment les contrats de la commande publique, sont des instruments d'action publique particulièrement exposés au risque de corruption. Le risque est par ailleurs décuplé du fait du poids économique de la commande publique : si l'on ne considère que les marchés publics, selon l'observatoire économique de la commande publique, ces derniers représentaient plus de 111 milliards

<sup>62</sup> [https://images.transparencycdn.org/images/TI\\_GCB\\_EU\\_2021\\_web\\_2021-06-14-151758.pdf](https://images.transparencycdn.org/images/TI_GCB_EU_2021_web_2021-06-14-151758.pdf), p. 11.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>64</sup> P. LASCOUMES, *op. cit.*, p. 247.

<sup>65</sup> F. DREYFUS, « Les citoyens face à la corruption : acteurs moraux ou tolérants ? », *op. cit.*

<sup>66</sup> AFA, *Prévention et détection des atteintes à la probité dans le secteur public local*, <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Enquête%20AFA%202022%20sur%20le%20secteur%20public%20local.pdf>, p. 8.

<sup>67</sup> <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Plan%20national%20pluriannuel%202020-2022.pdf>, p. 1.

d'euros en 2020<sup>68</sup>. Tout ceci explique que droit de la commande publique et lutte contre la corruption entretiennent des liens particulièrement étroits depuis le début des années 1990. Il est en réalité possible de discerner plusieurs mouvements – que l'on peut présenter successivement, mais qui sont en réalité imbriqués – qui concourent à la prévention de la corruption dans les contrats publics et sur lesquels il s'agira de revenir brièvement.

### 1. La prévention par la sophistication des règles de passation des contrats publics

**13. Le droit de la commande publique : norme de concrétisation de la prévention de la corruption.** Ainsi que le rappelait récemment C. Prebissy-Schnall, « *tout le droit des marchés publics s'est construit sur l'impératif de lutte contre la corruption* »<sup>69</sup>. Si une approche historique du droit des marchés publics conduit à nuancer cette proposition, celle-ci demeure profondément exacte si l'on considère, *a minima*, les trente dernières années. En effet, le lien entre droit des marchés publics et corruption est effectué, de façon directe, par la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, puisque le texte entend d'une part étendre largement le champ d'application matériel des procédures de publicité et de mise en concurrence pour la passation des marchés publics et crée, d'autre part, le délit d'octroi d'avantage injustifié.

Ce lien est encore plus perceptible dans la loi Sapin I du 29 janvier 1993, puisqu'il est établi dès l'intitulé du texte : loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. La philosophie générale du texte est tout entière sous-tendue par l'idée selon laquelle la mise en place de procédures de passation pour l'attribution des contrats publics est de nature à limiter le risque de corruption, ce qui est visible dès les conclusions du rapport Bouchery de 1992 où il est notamment exposé que « *le choix discrétionnaire du co-contractant et l'absence de transparence des relations financières qu'il noue avec la collectivité publique sont de nature à faciliter le détournement de l'argent public* »<sup>70</sup>. Ceci explique que l'une des innovations majeures du texte ait été de soumettre les délégations de service public à une procédure de publicité et de mise en concurrence, certes minimaliste si on la compare avec les dispositions actuelles du Code de la commande publique. À l'époque, une telle innovation avait été fortement critiquée au plan politique<sup>71</sup>, notamment au Sénat<sup>72</sup>. Plus mesurée, la doctrine estimait que si cela aboutissait à une véritable mutation de la notion d'*intuitu personae*, cela avait néanmoins le mérite, par l'accroissement de la transparence –

<sup>68</sup> [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/occp/recensement/recensement\\_chiffres\\_2020\\_20211012.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/occp/recensement/recensement_chiffres_2020_20211012.pdf).

<sup>69</sup> C. PREBISSY-SCHNALL, « L'Agence française anticorruption (AFA) : quel bilan en matière de commande publique ? », *Contrats publics*, 2021, n°221, p. 58.

<sup>70</sup> R. BOUCHERY, *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique. Rapport au Premier ministre de la Commission de prévention de la corruption présidée par Robert Bouchery*, La documentation française, Paris, 1993, p. 70.

<sup>71</sup> Pour un état des lieux de la controverse, v. G. DROUOT, « La loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », *D.*, 1993, p. 153.

<sup>72</sup> C. BONNET, *Rapport sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*.

élément décisif de prévention de la corruption –, de prévenir efficacement des faits de manquements au devoir de probité<sup>73</sup>. Dès lors, en allant au-delà des exigences communautaires de l'époque, le législateur national prenait une part décisive dans la lutte contre la corruption et la moralisation de la vie publique<sup>74</sup>.

Le premier élément de prévention de la corruption dans la commande publique est donc constitué par le droit de la commande publique lui-même, étant entendu que la mise en place de procédures de passation encadrées et transparentes permet de limiter, *a priori*, le risque de corruption. Naturellement, la sophistication postérieure des règles de passation des contrats de la commande publique concourt à cette fonction préventive de corruption, y compris si l'on considère des règles qui ne sont pas véritablement des règles de passation à proprement parler, mais qui en sont l'accessoire ou le support : l'on pense notamment ici au mouvement de dématérialisation de la commande publique, qui participe certainement à la transparence<sup>75</sup>.

## 2. La prévention par le contrôle externe des contrats publics

**14.** Le phénomène de renforcement des règles de passation des contrats publics s'est accompagné d'une extension des contrôles externes, si bien que C. Prébissy-Schnall estime que « *la commande publique reste aujourd'hui le secteur le plus quadrillé par les différents contrôles tant administratif, financier que pénal* »<sup>76</sup>. Là encore, un bref panorama de ces contrôles apparaît nécessaire.

**15. La pénalisation du droit des contrats publics : la prévention par la dissuasion.** Le « *mouvement de pénalisation de l'action locale* »<sup>77</sup> apparaît comme l'une des contreparties de la décentralisation, en même temps qu'il participe au mouvement plus vaste de « *moralisation de la vie économique et financière* »<sup>78</sup>. Si le mouvement de pénalisation de la vie économique et financière locale, et particulièrement en matière de commande publique, poursuit une fonction non seulement sanctionnatrice, mais encore « *dissuasive* »<sup>79</sup> qui concourt à la prévention de la corruption en voulant s'attaquer à un sentiment d'impunité, il reste que ce mouvement n'a pas eu les effets escomptés, en témoignent les chiffres des condamnations mentionnés plus haut, qui sont en décalage certain avec les réalités perçues<sup>80</sup>. Mais la critique

<sup>73</sup> M. GUIBAL, « Commentaire de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique », *AJDA*, 1993, p. 186.

<sup>74</sup> F. LLORENS et Ph. TERNEYRE, « Passation des marchés publics et prévention de la corruption », *RDI*, 1993, p. 209.

<sup>75</sup> V. en ce sens : B. KOEBEL, « Open data et marchés publics : l'heure de la transparence », *JCP A*, 2018, n°46, 2312 ; C.-H. PARK, et K. KOOMIN, « L'administration électronique, un outil de lutte contre la corruption : analyse internationale sur données de panel », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2020, n°4, p. 723.

<sup>76</sup> C. PREBISSY-SCHNALL, « L'Agence française anticorruption (AFA) : quel bilan en matière de commande publique ? », *op. cit.*

<sup>77</sup> J. LAVEISSIERE, « Le mouvement de "pénalisation" de l'action locale », *Petites affiches*, 1999, n°75, p. 14.

<sup>78</sup> C. PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 223, Paris, 2002, p. 13.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>80</sup> V. également L. BENAICHE et L. ROMANET, « Élus et agents face au risque pénal – Corruption et collectivités : les recommandations du service central de prévention de la corruption », *AJCT*, 2014, p. 544 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Rapport annuel du SCPC pour l'année 2015 : focus sur la responsabilité pénale des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux », *AJCT*, 2017, p. 147.

doctrinale ne s'arrête pas là. Selon certains auteurs, l'exposition « *beaucoup plus que par le passé, au risque pénal* »<sup>81</sup> des élus et fonctionnaires, « *peut conduire à l'immobilisme, à la crainte de toute initiative, en instaurant une rigidité qui conduit à l'homéostasie du système* »<sup>82</sup>. C'est particulièrement le cas en matière de commande publique, où la pénalisation a conduit, selon C. Prébissy-Schnall, à « *une dramatisation du droit par les acheteurs publics et à une exposition du thème de l'insécurité juridique* »<sup>83</sup>, ce qui pousse certains auteurs à demander la suppression du délit de favoritisme<sup>84</sup> qui, bien qu'il suppose un élément intentionnel<sup>85</sup>, est souvent vu par le juge pénal comme un délit « *quasi objectif* »<sup>86</sup>.

Dans ce contexte d'un risque pénal intense, « *indéterminé et polymorphe* »<sup>87</sup>, les personnes publiques se dotent d'outils, de « *parefeux* »<sup>88</sup>, qui sont essentiellement managériaux et organisationnels, qui procèdent d'une transition progressive entre pénalisation et responsabilisation<sup>89</sup> en fond de conformité.

**16. Les contrôles administratifs des contrats publics.** En ce qui concerne particulièrement les collectivités territoriales, dont on a déjà vu que les espaces de libertés octroyés depuis 1982 avaient, en quelque sorte, fertilisé le terreau de la corruption, la prévention par le contrôle administratif apparaît insuffisante.

D'abord, la mission interministérielle d'enquête sur les marchés créée par la loi du 3 janvier 1991 et étendue aux délégations de service public par la loi Sapin I a été supprimée par une loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives. Dans son rapport à la commission des lois, É. Blanc soulignait, à propos de la MIEM, que son activité avait « *toujours été modeste : entre 1992 et 2002, elle n'a pas conduit plus d'une dizaine d'enquêtes par an* » et que, dans les faits, elle avait « *cessé de fonctionner depuis 2006* »<sup>90</sup>.

Ensuite, il est clair que le contrôle de légalité des contrats publics, qui peut parfaitement servir à la détection de faits constitutifs de manquements au devoir de probité, est insuffisant. En effet, le contrôle de légalité a évolué dans le sens d'une réduction importante, parfois qualifiée de « *transmutation* »<sup>91</sup>. Plusieurs textes sont ainsi intervenus afin de le rendre plus efficace et de le concentrer sur les actes les plus importants et les plus risqués. Ainsi, la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit et l'ordonnance du 17 novembre 2009 portant simplification du

<sup>81</sup> Ph. LUPPI, « La pénalisation de la vie financière locale », *RFFP*, 2012, n°119, p. 71.

<sup>82</sup> B. POUJADE, « Les élus locaux et le juge pénal », *AJDA*, 2016, p. 604.

<sup>83</sup> C. PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>84</sup> Ph. TERNEYRE et T. LALOUM, « Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique ! », *CMP*, 2021, n°7, étude 5.

<sup>85</sup> V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Délit de favoritisme et collectivités territoriales : présentation et illustrations récentes », *AJCT*, 2019, p. 229.

<sup>86</sup> B. POUJADE, *op. cit.*

<sup>87</sup> N. LAVAL-MADER, « Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale », *RFDA*, 2012, p. 707.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> P. CADIEU, « La commande publique entre pénalisation et responsabilisation », *RLCT*, 2009, n°51.

<sup>90</sup> É. BLANC, *Rapport n°3787 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, Assemblée nationale, 5 octobre 2011.

<sup>91</sup> J.-M. PONTIER, « Les transmutations du contrôle sur les collectivités territoriales », *JCP A*, 2012, 2348.

contrôle de légalité ont toutes réduit le champ des actes transmis au contrôle préfectoral afin de « recentrer le contrôle de légalité sur les actes les plus significatifs »<sup>92</sup>, en particulier la commande publique, l'urbanisme, l'environnement et la fonction publique territoriale. En ce qui concerne plus particulièrement la commande publique, érigée comme « priorité nationale » du contrôle de légalité, la circulaire du 25 janvier 2012 portant définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité porte en elle un certain paradoxe. D'une part, elle affirme le rôle du contrôle de légalité dans la détection des atteintes à la probité en précisant que ce contrôle concourt « à la confiance du citoyen dans l'intégrité du processus de commande publique » tout en apportant une « sécurité juridique supplémentaire » aux élus face « aux risques pénaux qui s'attachent au délit de favoritisme ». D'autre part, elle cible certains actes particuliers supposés à risque, mais sans que la liste qu'elle dresse n'ait été véritablement passée au crible d'une matrice des risques. Ainsi, sont mentionnés comme prioritaires les marchés de fournitures ou de services d'un montant supérieur à 200 000 euros, les marchés de travaux d'un montant supérieur à 1 000 000 d'euros, les avenants supérieurs à 5 % du montant initial du marché, les marchés complémentaires, toutes les délégations de service public et concessions de travaux et les contrats complexes ou nouveaux, en particulier les contrats *in house*. Sont donc exclus de ces actes prioritaires les contrats de faible montant qui, pourtant, présentent un risque certain de corruption du fait d'un cadrage juridique moindre. Du reste, dans un contexte d'accroissement des actes des collectivités territoriales et de réduction des effectifs des services préfectoraux affectés au contrôle de légalité, il est clair que les moyens mis en œuvre « ne permettent pas un contrôle quantitativement et qualitativement efficace »<sup>93</sup> et le contrôle de légalité a pu être qualifié par un rapport parlementaire de « passoire à géométrie variable »<sup>94</sup>. Sans doute, ce phénomène est-il inéluctable dans un contexte de rationalisation de l'action publique et de réduction des effectifs. Mais, note la Cour des comptes dans son rapport de 2016, une modernisation s'avère nécessaire afin d'harmoniser les contrôles sur le territoire et de gagner en efficacité<sup>95</sup>.

**17. Les contrôles exercés par les juridictions financières.** Grâce à la « vision panoptique »<sup>96</sup> des comptes et de la gestion des administrations publiques qu'ils permettent, les contrôles exercés par les juridictions financières apparaissent comme des instruments pertinents de prévention des atteintes à la probité. Néanmoins, il est ici nécessaire de distinguer parmi l'ensemble des contrôles auxquels participent les juridictions financières. En effet, certains contrôles apparaissent moins propices à la détection de manquements au devoir de probité, en particulier s'agissant des contrats publics. Il en va ainsi des contrôles budgétaires, en particulier du contrôle exercé par les CRC sur saisine du préfet en cas de retard dans le vote du budget primitif d'une collectivité territoriale ou en cas de non-inscription d'une

<sup>92</sup> C. comptes, *Rapport d'activités 2016*, p. 334.

<sup>93</sup> V. VIOUJAS, « Les insuffisances du contrôle de légalité sur les collectivités territoriales encore critiquées », *JCP A*, 2016. 161.

<sup>94</sup> J. MEZARD, *Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, Sénat, Rapport n°300, 2012.

<sup>95</sup> C. comptes, *Rapport d'activités 2016*, pp. 351 et s.

<sup>96</sup> G. MILLER, « La Cour des comptes et les juridictions financières : les garantes de plus en plus vigilantes de la probité des gestions publiques », *op. cit.*, p. 111.

dépense obligatoire au budget, prévus aux articles L.1612-2 et L.1612-15 du CGCT. En ce qui concerne le contrôle en cas de budget voté en déséquilibre ou insincère de l'article L.1612-5 du CGCT et celui effectué en cas de déficit du compte administratif conformément aux dispositions de l'article L.1612-14 du même code, ceux-ci peuvent apparaître plus propices à la détection de manquements au devoir de probité, étant entendu que « *les manquements à la probité font rarement bon ménage avec une comptabilité irréprochable (complète, fiable et sincère...)* »<sup>97</sup>. Mais, là encore, le lien entre contrôle budgétaire et détection de la corruption dans les contrats publics est incertain.

En revanche, le contrôle de gestion apparaît plus à même de prévenir ou détecter de tels faits de corruption dans les contrats publics. Si, depuis la loi du 21 décembre 2001, il n'est plus question que de contrôler l'emploi « *régulier* » et non plus le « *bon emploi* » des deniers publics et que les observations d'opportunité ont été proscrites<sup>98</sup>, il reste que le contrôle de gestion s'est étendu dans son périmètre et que les contrats publics ont fait l'objet d'un traitement particulier. En effet, le législateur a progressivement soumis des actes présentant un risque au regard de la probité publique à un éventuel contrôle des chambres régionales et territoriales des comptes. Ainsi, la loi ATR du 6 février 1992 a offert la possibilité – aujourd'hui prévue à l'article L.1411-18 du Code général des collectivités territoriales – au préfet de transmettre pour contrôle les délégations de service public<sup>99</sup>, procédure qui peut permettre de mettre en lumière une situation pouvant recevoir la qualification pénale de délit de favoritisme. De la même manière, la loi du 21 février 1996 a ouvert une possibilité analogue en ce qui concerne les marchés publics, conformément à l'article L.211-13 actuel du Code des juridictions financières. Du reste, en pratique, les rapports d'observations provisoires et définitives produits par les chambres régionales et territoriales des comptes traitent, comme le soulève S. Damarey, de « *thématiques récurrentes* »<sup>100</sup> pour lesquelles les marchés publics apparaissent, selon elle, comme des figures de proue. À l'évidence, en ce qu'elles apparaissent ainsi comme des « *censeurs de la gestion financière locale* »<sup>101</sup> du fait de ce contrôle de gestion, les juridictions financières jouent un rôle incident de dissuasion en matière de corruption, étant entendu qu'il est constant que « *l'examen de la gestion par les chambres régionales des comptes est un exercice appréhendé par les responsables locaux, dont la réputation peut se trouver ternie* »<sup>102</sup>. Néanmoins, il faut noter que, si son champ matériel a été étendu, les juridictions financières n'effectuent qu'un nombre restreint de contrôles de gestion. Selon le rapport 2020 de la Cour des comptes, 594 contrôles de gestion avaient été effectués par les chambres régionales et

<sup>97</sup> *Le rôle des institutions supérieures de contrôle des finances publiques dans la lutte contre la corruption et la mauvaise gestion*, Rapport sur le 12<sup>ème</sup> séminaire ONU-INTOSAI sur le contrôle des finances publiques, Vienne, 21-25 octobre 1996, p. 45.

<sup>98</sup> Voir É. OLIVA, « Le contrôle de la gestion par les chambres régionales des comptes, présentation générale », in G. ORSONI et A. PICHON [dir.], *Les chambres régionales et territoriales des comptes, XX<sup>ème</sup> anniversaire*, LGDJ, 2004, p. 115.

<sup>99</sup> B. POUJADE, « Les contrôles du juge financier sur les délégations de service public », *CMP*, 2003, n°5, chron. 12.

<sup>100</sup> S. DAMAREY, *Droit public financier*, Dalloz, coll. « Précis », 2018, p. 1030.

<sup>101</sup> O. BENOIT, « Les chambres régionales des comptes face aux élus locaux, les effets inattendus d'une institution », *op. cit.*, p. 537.

---

<sup>102</sup> SCPC, *Rapport pour l'année 2013, op. cit.*, p. 254.

territoriales des comptes<sup>103</sup> sur l'année 2019, ce qui peut amener à interroger sur l'efficacité du contrôle de gestion<sup>104</sup>.

Finalement, le « rôle de prévention joué par le préfet et les CRC »<sup>105</sup> apparaît insuffisant pour être véritablement opérationnel, ce qui est accentué, au niveau local, par « l'ampleur et la diversité de ce secteur [qui] rendent difficile l'application de la législation anticorruption, notamment par l'insuffisance des contrôles (administratifs et financiers), l'absence de transparence entretenue par l'exercice très personnel du pouvoir exécutif local et le développement des cabinets politiques »<sup>106</sup>. Cette tendance à l'effacement des contrôles administratifs et financiers peut être perçue comme ayant pour effet de « restaurer un climat d'impunité »<sup>107</sup>. Ceci explique, notamment, qu'une autre voie ait été empruntée par la loi Sapin 2, celle de la conformité.

### 3. La prévention par la *compliance* : nouvelle donne des contrats publics

**18.** Face aux limites pratiques constatées des outils de prévention de la corruption précédemment décrits, c'est davantage vers une logique de conformité que se tourne la gestion administrative. Il est alors naturel que dans ce vaste mouvement, le droit des contrats publics soit l'un des premiers concernés<sup>108</sup>.

**19. Conformité, *compliance* : esquisse de définition.** Disons-le d'emblée, la notion de *compliance* est « *intraduisible* »<sup>109</sup> alors même que le terme serait d'origine française d'après plusieurs auteurs. Substantif du *comply or explain* anglo-saxon, il est fréquemment traduit en France par le terme de « conformité », il est vrai davantage familier des juristes<sup>110</sup>. Cependant, il semblerait que ce terme ne parvienne « pas à rendre la singularité de la notion de *compliance* »<sup>111</sup>. Selon M.-A. Frison-Roche, derrière le concept de *compliance* se cache en réalité un double mouvement. D'une part, la *compliance* peut être perçue comme une « expression de la volonté d'une entreprise de se réformer pour devenir en adéquation à ce que le droit attend d'elle », d'autre part comme une « expression de la volonté des pouvoirs publics d'imposer des règles dont ils n'ont pas la force d'assurer l'effectivité »<sup>112</sup>. En ce qu'elle tranche significativement avec une conception classique et verticale du contrôle du respect de la règle de droit, imposée par l'État, sanctionnée par le juge, la *compliance* laisse nécessairement le

<sup>103</sup> C. comptes, *Rapport public annuel 2020*, p. 11.

<sup>104</sup> S. DAMAREY, « Chambre régionale des comptes : quelle efficacité du contrôle de la gestion ? », *BJCL*, 2013, p. 729 ; É. DOUAT, « La Chambre régionale des comptes de la loi du 2 mars 1982 à celle du 29 janvier 1993. De la décentralisation à la lutte contre la corruption », *JCP G*, 1993, n° 45, doct. 3716.

<sup>105</sup> C. PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, op. cit., p. 357.

<sup>106</sup> R. DOSIERE, « Propositions pour limiter les formes de corruption existantes dans le champ des finances locales », *RFFP*, 2019, n° 147, p. 97.

<sup>107</sup> B. PERRIN, « L'absolution », *AJDA*, 2020, p. 1849.

<sup>108</sup> C. PREBISSY-SCHNALL, « Les marchés publics resteront-ils le domaine privilégié de la corruption politico-administrative ? », *RFAP*, 2020, n° 3, p. 693.

<sup>109</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance* », *D.*, 2016, p. 1871.

<sup>110</sup> Pour une vision d'ensemble, v. M.-A. FRISON-ROCHE [dir.], *Régulation, supervision, compliance*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2017.

<sup>111</sup> A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la *compliance* ? », *Commentaire*, 2019, n° 1, p. 109.

<sup>112</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance* », op. cit.

juriste perplexe, en ce qu'elle repose sur une « *forme d'intériorisation de la norme par ses destinataires* »<sup>113</sup>. Plus concrètement, la *compliance* implique, pour les entreprises et sous le contrôle et la potentielle sanction de l'État, de mettre en œuvre des mécanismes internes visant à prévenir les atteintes à la norme, de façon non plus verticale, mais horizontale. En cela, elle porte en elle une certaine « *complémentarité* »<sup>114</sup> avec les règles verticales qu'elle entend faire respecter, si bien que l'on peut parler d'un dépassement du « *pur cadre réglementaire pour promouvoir la mise en place de procédures internes* »<sup>115</sup>.

La difficulté inhérente à l'appréhension de la notion réside également dans le fait que la *compliance* est « *un produit d'importation juridique* »<sup>116</sup> d'origine américaine. Intimement liée au phénomène de mondialisation, l'on peut en trouver les prémices dans les domaines bancaire et financier des États-Unis d'après *krach* de 1929, notamment le *Securities Exchange Act* de 1934 ; Mais c'est surtout dans les années 1980 que la *compliance* s'impose plus largement, s'autonomisant par rapport à son « *creuset* »<sup>117</sup> qu'est la régulation<sup>118</sup>. En France, la réception de la *compliance* est plus tardive, la logique de déontologie – comme « *morale personnelle au service de l'action* »<sup>119</sup> – ayant longtemps prédominé aux côtés de la logique de sanction juridique verticale classique. Mais dans un contexte de concurrence juridique internationale accru, notamment vis-à-vis des États-Unis et afin de protéger les entreprises françaises de sanctions, la loi Sapin 2 a apporté un cadre législatif à la *compliance* à la française, bien qu'il soit constant que certaines entreprises n'aient pas attendu ce cadre.

Ce cadre législatif comporte d'une part des obligations vis-à-vis des acteurs publics et privés et, d'autre part, une autorité de contrôle et de sanction pour s'assurer de la bonne mise en œuvre des obligations : l'Agence française anticorruption. Toutefois, cette logique de *compliance*, qui poursuit naturellement un but de prévention de la corruption, s'applique de façon différenciée aux acteurs publics et aux acteurs privés, ce qui génère potentiellement une asymétrie entre les parties à un contrat public.

## 20. La *compliance* et les contrats publics : deux poids, deux mesures ?

Il n'est pas étonnant de constater que la logique de *compliance*, parce qu'elle est née dans le secteur privé, peine à s'implanter pleinement dans le secteur public. En réalité, plus encore que dans le secteur privé, la moralisation y est avant tout passée par la déontologie. Et, comme le souligne J.-F. Kerléo, c'est avant tout « *sous l'angle politique* »<sup>120</sup> qu'elle a commencé à s'imposer à compter des années 2000, bien que le rapport à l'Assemblée nationale de Ph.

<sup>113</sup> M. CHAMBON, « La *compliance* dans le secteur public à la lumière de l'Agence Française Anticorruption », *RICEA*, 2018, n°5, étude 154.

<sup>114</sup> M.-E. BOURSIER, « Qu'est-ce que la *compliance* ? Essai de définition », *D.*, 2020, p. 1419.

<sup>115</sup> F. LICHÈRE, « La déontologie et l'attribution des contrats publics », *JCP A*, 2020, n°47, 2304.

<sup>116</sup> A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la *compliance* ? », *op. cit.*

<sup>117</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance* au-delà du droit de la régulation », *D.*, 2018, p. 1561.

<sup>118</sup> Certains auteurs estiment que la *compliance* est une forme de « *privatisation* » de la régulation : v. notamment E. BREEN, « La "*compliance*", une privatisation de la régulation ? », *Rev. sc. crim. et dr. pén. comparé*, 2019, n°2, p. 327.

<sup>119</sup> Y. GAUDEMET, « La déontologie, un pouvoir masqué », *RDP*, 2021, p. 895 ; pour une définition canonique, v. J. BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale*, Charpentier, Paris, 1834, p. 29 (v. l'extrait in J. BENTHAM, « Ce que c'est que la Déontologie. Pourquoi cette dénomination a été adoptée », *Cahiers Portalis*, 2019, n°6, p. 51.)

<sup>120</sup> J.-F. KERLEO, *La déontologie politique*, LGDJ, coll. « Systèmes », Paris, 2021, p. 16.

Séguin témoigne en la matière d'une forte prise de conscience dès le milieu des années 1990<sup>121</sup>. Dès lors, et avec en toile de fond la volonté de renforcer la confiance des citoyens dans la vie publique, de nombreux textes ont été édictés en ce sens, en particulier les lois ordinaire et organique du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique, véritable « *acte fondateur* »<sup>122</sup> de la déontologisation du politique, qui a notamment créé la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP)<sup>123</sup>. Mais passé sa dimension politique, la logique de déontologie a aussi pénétré la fonction publique, en particulier depuis la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires<sup>124</sup>, avec toujours comme objectif premier la prévention des conflits d'intérêt<sup>125</sup>, l'idée selon laquelle il est nécessaire de « *cloisonner* »<sup>126</sup> les intérêts privés des intérêts publics, concomitamment poursuivis par tout élu ou agent public.

La *compliance*, qui peut s'analyser comme une mécanique de concrétisation de la déontologie<sup>127</sup> tarde pourtant à se faire une place dans le secteur public, bien qu'il y ait un terreau favorable à son épanouissement du fait de l'accoutumance progressive de la gestion publique aux logiques et méthodes de l'entreprise, ce que l'on nomme usuellement le *New public management*<sup>128</sup>. Mais, si la *compliance* tend à innover la sphère publique par mimétisme du secteur privé<sup>129</sup>, il est clair que le mouvement a un temps de retard par rapport à ce que connaît l'entreprise. Ce temps de retard est d'ailleurs parfaitement visible à la lecture de la loi Sapin 2, puisque le régime de *compliance* n'est pas identique selon que la structure assujettie est une personne publique ou une personne privée. En effet, en ce qui concerne les personnes morales de droit public, le texte ne prévoit pas expressément quel dispositif de *compliance* doit être mis en place. Ce n'est qu'incidemment que la loi impose aux personnes publiques de mettre en place un tel dispositif, le 3° de l'article 3 disposant que l'Agence française anticorruption « *contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion,*

<sup>121</sup> Ph. SEGUIN, *Groupe de travail sur la clarification des rapports entre la politique et l'argent*, Assemblée nationale, Les documents d'information, 1994.

<sup>122</sup> J.-F. KERLEO, *La déontologie politique*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>123</sup> Pour une présentation générale des lois de 2013, v. notamment P. VILLENEUVE, « Transparence de la vie publique et prévention des conflits d'intérêt. À propos des lois ordinaire et organique du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique », *JCP A*, 014, n°4, p. 17 ; J. BENETTI, « Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique », *AJDA*, 2014, p. 157.

<sup>124</sup> Sur la loi de 2016, v. notamment D. JEAN-PIERRE, « La nouvelle déontologie de la fonction publique : du décalogue au catalogue », *JCP A*, 2016, n°24, p. 16.

<sup>125</sup> V. par ailleurs les lois ordinaire et organique du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, É. UNTERMAIER-KERLEO, « Les lois pour la confiance dans la vie politique : toujours plus de déontologie, mais pas de "choc de confiance" », *Dr. adm.*, 2018, n°1, p. 18.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> Bien qu'elle puisse être critiquée comme faisant « *changer de visage* » à la déontologie : pour Y. GAUDEMET, l'écriture de la règle déontologique et plus encore la mise en place de mécanismes visant à en garantir le respect au cœur même d'une entreprise, a pour effet pervers de faire décliner la « *bonne déontologie* », la morale personnelle, relevant de la conscience de chacun : V. Y. GAUDEMET, « La déontologie, un pouvoir masqué », *op. cit.*

<sup>128</sup> Sur les liens entre Nouvelle gestion publique et *compliance*, v. S. WICKBERG, « La nouvelle gestion publique et la prévention de la corruption : rupture ou continuité ? », *RFAP*, 2020, n°3, p. 661.

<sup>129</sup> J.-M. SAUVE, « *Compliance*, droit public et juge administratif », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Régulation, supervision, compliance*, *op. cit.*, p. 47.

de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme ». Concernant les entreprises, la donne est bien différente puisqu'elles sont soumises aux dispositions de l'article 17 de la loi. Ces dernières soumettent les sociétés privées et établissements publics à caractère industriel et commercial employant au moins 500 salariés ou dont le chiffre d'affaires annuel est au moins égal à 100 millions d'euros au respect des huit mesures suivantes :

- Mise en place d'un code de conduite intégré au règlement intérieur de la structure ;
- Mise en place d'un dispositif d'alerte interne ;
- Établissement d'une cartographie des risques ;
- Mise en place de procédures d'évaluation des tiers au regard de la cartographie des risques ;
- Mise en place de procédures de contrôle comptable ;
- Mise en place de formations dédiées au risque de corruption ;
- Mise en place d'un régime disciplinaire pour sanctionner les faits contraires au code de conduite ;
- Mise en place d'un dispositif de contrôle interne et d'évaluation de l'ensemble des autres mesures.

Si la loi ne précise pas outre mesure l'étendue de ces mesures, les recommandations de l'AFA, dont la dernière version a été publiée au *Journal officiel* en janvier 2021, sont nettement plus denses et transposent les mesures dédiées aux sociétés privées aux personnes publiques en les adaptant<sup>130</sup>. Bien que, de ce point de vue, il semble y avoir un rapprochement, il reste que les acteurs publics ne sont pas soumis à ces huit mesures du fait de la loi.

Si ces mesures ont déjà donné lieu à une littérature abondante, tant en ce qui concerne les acteurs publics que privés<sup>131</sup>, elles n'ont fait l'objet que de rares études sous l'angle des contrats publics<sup>132</sup>, en particulier que l'AFA a publié, avec la Direction des achats de l'État, un guide de l'achat public intitulé *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*<sup>133</sup>. Pourtant, de nombreuses questions se posent, en particulier si l'on considère les contrats de la commande publique, dont la principale : comment la *compliance* peut-elle être pleinement efficace et prévenir utilement du risque de corruption si elle n'est pas appliquée de la même manière entre les deux parties à un contrat ?

**21. Problématique de l'enquête.** L'objet de la présente enquête sera alors de mesurer l'effectivité des règles de *compliance* dans le cadre particulier des contrats publics. En particulier, il s'agira non seulement de prendre la mesure de l'effectivité de la mise en œuvre des mesures de la loi Sapin 2 par les acteurs publics ou privés parties à des contrats publics, mais encore quelles sont les éventuelles difficultés rencontrées par les praticiens dans

<sup>130</sup> <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Recommandations%20AFA.pdf>.

<sup>131</sup> Les éléments de doctrine relatifs aux mesures prises dans leurs particularités seront présentés dans les développements.

<sup>132</sup> En particulier : P. VILLENEUVE et W. FEUGERE, « De l'impératif de prévention à la nécessaire *compliance* en matière d'achats publics », *AJCT*, 2020, p. 514 ; C. PREBISSY-SCHNALL, « L'Agence française anticorruption (AFA) et la commande publique : vers une nouvelle dynamique d'intégrité ? », *Contrats publics*, 2018, n°187, p. 55 ; C. PREBISSY-SCHNALL, « L'Agence française anticorruption (AFA) : quel bilan en matière de commande publique ? », *op. cit.*

<sup>133</sup> [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dae/doc/Guide\\_maitrise\\_risque\\_corruption.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/Guide_maitrise_risque_corruption.pdf).

la mise en place de ces mesures. L'accent devra également être mis sur le rôle de l'AFA dans l'accompagnement et le contrôle de la mise en place des mesures.

## II - L'intérêt de l'enquête

**22. Un contexte favorable.** La présente enquête s'inscrit dans un contexte bien particulier, qui justifie son intérêt. En effet si, à en croire le rapport d'évaluation de la loi de juillet 2021 signé des députés R. Gauvain et O. Marleix, les acteurs privés « *se sont bien appropriés les obligations issues de la loi Sapin 2* »<sup>134</sup>, il apparaît que le bilan est nettement plus contrasté s'agissant d'une part des personnes non assujetties à l'article 17 de la loi, à savoir les PME et, surtout, les acteurs publics chez qui la diffusion du dispositif est « *bien plus faible* »<sup>135</sup>. Le constat est partagé par l'AFA qui, dans un rapport de 2018 sur la prévention de la corruption dans le service public local note, à la suite d'une enquête quantitative, que 3,2 % des collectivités territoriales ont mis en place un dispositif anticorruption<sup>136</sup> et la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, qui estime, dans son rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics de février 2022, que « *les acteurs publics montrent d'une manière générale qu'ils ont une maturité assez faible* »<sup>137</sup> en la matière bien que l'activité de l'AFA soit bénéfique sur ce point.

Le contexte est donc celui d'un rapprochement tendanciel entre les obligations pesant sur les entreprises en la matière et celles pesant sur les acteurs publics. Concernant ces derniers, on constate en effet une profonde volonté de l'AFA de les soumettre aux mêmes obligations que les entreprises, en adaptant toutefois les mesures aux spécificités inhérentes aux structures publiques voire au droit des contrats publics. C'est bien là toute l'ambition des nouvelles recommandations de l'AFA de janvier 2021. Alors que la précédente version de ces recommandations, en date de 2017, ne contenait que de brefs et très généraux développements s'agissant des personnes publiques (6 pages en tout et pour tout)<sup>138</sup>, les nouvelles sont nettement plus denses et davantage opérationnelles. En particulier, là où celles de 2017 se contentaient d'égrener les huit mesures de l'article 17 de la loi Sapin 2 et de les décrire, celles de 2021 ont clairement une vocation pratique plus assumée. Les mesures sont désormais regroupées selon trois piliers chronologiquement cohérents :

- Premier pilier : l'engagement de l'équipe dirigeante (s'il ne s'agit pas de l'une des huit mesures de l'article 17 de la loi Sapin 2, cet engagement s'analyse comme le ciment de l'ensemble) ;
- Second pilier : la cartographie des risques ;

<sup>134</sup> R. GAUVAIN et O. MARLEIX, *Rapport de la mission d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 »*, op. cit.

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Rapport\\_danalyse\\_-\\_enquete\\_service\\_public\\_local.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Rapport_danalyse_-_enquete_service_public_local.pdf), p. 25.

<sup>137</sup> DAJ, *Rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2017-2019*, [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/20210712\\_Rapport-CE-application-reglementation-VF.pdf?v=1645103168](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/20210712_Rapport-CE-application-reglementation-VF.pdf?v=1645103168) p. 34.

<sup>138</sup> [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/2017\\_-\\_Recommandations\\_AFA.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/2017_-_Recommandations_AFA.pdf)

- Troisième pilier : la gestion des risques (ce pilier comprenant les sept autres mesures).

Au-delà de ce changement de présentation, les nouvelles recommandations ont le grand mérite de livrer des conseils opérationnels pour la mise en œuvre « pas-à-pas » de l'ensemble de ces mesures.

Cette volonté affichée de rapprochement se décline aussi au particulier, avec le guide précité de l'achat public qui, dans le cadre particulier des marchés publics, se veut également un outil particulièrement opérationnel à destination des acheteurs publics pour mettre en œuvre de façon pertinente les mesures de la loi Sapin 2. On note, notamment, l'insertion dans ce guide de « *boîtes à outils* » destinées à accompagner les acteurs publics dans la mise en place de ces mesures.

**23.** Mais la volonté de rapprochement ne s'arrête pas là. En effet, dans une proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption, déposée par R. Gauvain à la présidence de l'Assemblée nationale le 19 octobre dernier, il est proposé d'intégrer une nouvelle section à la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique qui obligerait les personnes publiques à mettre en place les huit mêmes mesures que les entreprises, en laissant toutefois au pouvoir réglementaire le soin de les adapter en fonction de « *chaque catégorie d'administrations, de collectivités ou d'établissements, en fonction de la nature de l'entité et du niveau d'exposition de l'entité au risque de corruption ou d'atteinte à la probité auquel elle est exposée* »<sup>139</sup>.

En outre, cette proposition de loi entend transférer les compétences de l'AFA en matière de conseil et de contrôle des personnes publiques à la HATVP, laissant à l'AFA la compétence de coordination administrative de la lutte contre la corruption et ses missions de conseil et de contrôle des entreprises privées.

**24. Un intérêt théorique.** Au-delà de ces éléments de contexte, la présente enquête présente un double intérêt théorique.

D'une part, elle permet de confronter deux logiques apparemment parallèles, mais qui concourent à une même finalité de prévention de la corruption : la *compliance* et le droit des contrats publics, en particulier le droit de la commande publique. Ainsi que cela a déjà été indiqué, les règles de passation des contrats de la commande publique sont des normes de concrétisation de la prévention de la corruption. Mais il faut ici préciser qu'il ne s'agit pas de leur seule fonction, car elles ont aussi pour objectif la bonne utilisation des deniers publics et le respect de la concurrence dans le marché intérieur de l'Union européenne. Sur cette dernière finalité, il n'est pas exclu qu'elle entre, partiellement du moins, en contradiction avec la finalité de prévention de la corruption étant entendu qu'en ouvrant au maximum l'accès à la commande publique aux opérateurs économiques, on peut s'exposer au risque de faire entrer des acteurs présentant un risque de corruption. L'étude permettra donc de confronter les deux logiques.

D'autre part, en sondant les praticiens sur les difficultés rencontrées dans la mise en place de ces mesures, l'étude pourra conduire à une réflexion sur les aspects organisationnels

<sup>139</sup> [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/I15b4586\\_proposition-loi](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/I15b4586_proposition-loi).

de la *compliance*. Il s'agit d'une facette de la *compliance* peu étudié<sup>140</sup>, la doctrine s'attachant davantage aux effets bénéfiques de la *compliance*. Mais il est clair que la *compliance* engendre des effets notables sur les organisations publiques ou privées, lesquels effets ont nécessairement une traduction en termes de moyens mobilisés.

**25. Un intérêt pratique et prospectif.** Outre les données sur la mise en œuvre des obligations issues de la loi Sapin 2 et de la perception du rôle de l'AFA par les praticiens, l'enquête ici conduite permettra de formuler un certain nombre de recommandations visant à améliorer la prévention de la corruption dans les contrats publics, en particulier en proposant des pistes de réflexion visant à acculturer le droit de la commande publique à la *compliance*.

### III - Méthodologie

**26.** Classiquement, la présente enquête a mobilisé les mêmes méthodes que les précédentes<sup>141</sup>. Ainsi, après une étude doctrinale, ont été successivement conduites une enquête qualitative (**A**) et une enquête quantitative (**B**) auprès d'acteurs du droit des contrats publics.

#### A – Enquête qualitative

**27.** L'enquête qualitative a consisté en la réalisation de 26 entretiens semi-directifs conduits selon la méthode de l'entretien à questions ouvertes<sup>142</sup>. À la différence des précédentes enquêtes, ces entretiens n'ont pas seulement concerné des praticiens du droit des contrats publics, acheteurs publics et opérateurs économiques, mais encore des personnalités extérieures, conseils juridiques, universitaires spécialistes ou agents de l'Agence française anticorruption.

**28. Présentation des entretiens.** Les entretiens ont été conduits du 11 octobre au 15 décembre 2021, pour la plupart d'entre eux par visioconférence. Eu égard à la sensibilité du sujet, la confidentialité de ces entretiens a été renforcée. Ainsi, les participants à nos entretiens étaient informés qu'ils n'étaient pas enregistrés, que l'entretien faisait l'objet d'une prise de note anonymisée qui leur était envoyée pour contrôle, ce dernier aspect étant nouveau par rapport aux enquêtes précédentes, et que leur nom et celui de la structure au nom de laquelle ils participaient ne seraient pas mentionnés dans le présent rapport.

---

<sup>140</sup> V. cependant B. QUERENET-HAHN, « La nouvelle obligation de prévention de la corruption prévue dans le projet de loi Sapin 2 - Impact pour les entreprises », *RICEA*, 2016, n°2, comm. 68 ; P. LE FEVRE, « Les nouvelles obligations anticorruption pesant sur les grandes entreprises : un bouleversement à la fois pratique et culturel », *D.*, 2017, p. 1055 ; A.-E. ROUSSEAU, « *Compliance* et juriste de collectivité territoriale : une évolution des missions ? », *AJCT*, 2018, p. 501.

<sup>141</sup> <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/themes-de-recherches-et-rapports-1>.

<sup>142</sup> M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 1993, p. 573.

Dès lors, chaque compte rendu d'entretien était classé selon un code et purgé de tout élément permettant de reconnaître toute personne ou toute structure, de manière à ce que l'analyse qui en est livrée ici soit parfaitement anonyme.

Une exception, toutefois, doit être mentionnée. Nous avons eu le privilège de pouvoir interviewer M. le Ministre Michel Sapin, que nous remercions ici pour sa grande disponibilité. Certains de ses propos seront, sous son contrôle, retranscrits.

Ci-après, le tableau des entretiens conduits :

Code entretien	Date de l'entretien
AFA 1	11 octobre 2021
UNIV 1	25 octobre 2021
AFA 2	26 octobre 2021
AFA 3	26 octobre 2021
UNIV 2	2 novembre 2021
OE 1	3 novembre 2021
AC 1	8 novembre 2021
OE 2	9 novembre 2021
AC 2	9 novembre 2021
OE 3	10 novembre 2021
AC 3	10 novembre 2021
AC 4	12 novembre 2021
CONS 1	15 novembre 2021
AC 5	16 novembre 2021
AC 6	18 novembre 2021
AC 7	23 novembre 2021
OE 4	23 novembre 2021
AC 8	24 novembre 2021
AC 9	25 novembre 2021
CONS 2	25 novembre 2021
OE 5	26 novembre 2021
AC 10	29 novembre 2021
AC 11	2 décembre 2021
OE 6	9 décembre 2021
OE 7	9 décembre 2021
Michel Sapin (MS)	15 décembre 2021

**Légende :**

AFA : Agence française anticorruption

AC : Autorité contractante

OE : Opérateur économique

UNIV : Universitaire

CONS : Conseil

**29.** En ce qui concerne les opérateurs économiques, tous ceux qui ont été interrogés étaient soumis aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2. Pour ce qui est des autorités contractantes, notre panel était large, puisque nous avons pu interviewer des collectivités territoriales, des établissements publics de coopération intercommunale, des sociétés à capitaux publics et des administrations de l'État.

**30. Les questions posées.** Naturellement, au regard de la diversité des personnes interviewées, les questions posées ont été variées. Néanmoins, en ce qui concerne les personnes représentant des autorités contractantes ou des opérateurs économiques, qui constituent la principale cohorte des entretiens, une trame commune de questions a été établie. Cette trame, dont le détail est disponible en annexe du présent rapport, comportait quatre parties :

- 1) **État des lieux de la corruption dans les contrats publics** : cette partie visait à recueillir la perception des personnes interrogées sur l'étendue du phénomène de corruption en matière de contrats publics ;
- 2) **Mesures de prévention de la corruption** : cœur de l'entretien, cette partie déclinait les mesures de prévention de la corruption telles que prévues à l'article 17 de la loi Sapin 2. Elle entendait mesurer leur degré d'application, chez les opérateurs économiques qui y sont expressément soumis du fait de la loi et chez les acheteurs publics pour lesquels ces mesures sont simplement recommandées par l'AFA ;
- 3) **L'Agence française anticorruption** : il s'agissait ici d'appréhender la perception qu'ont les acteurs des contrats publics de l'AFA, à la fois dans ses missions de conseil et de contrôle ;
- 4) **Recommandations** : il était ici demandé aux personnes interrogées de nous fournir d'éventuelles pistes de recommandation de nature à nourrir la réflexion.

En ce qui concerne les universitaires et conseils interrogés, les entretiens ont été plus libres et en fonction de leurs spécialités et domaines particuliers d'activité.

## **B – Enquête quantitative**

**31. Présentation des sondages.** Du fait de la différence de régime entre les opérateurs économiques et les autorités contractantes, deux sondages distincts ont été réalisés pour tenir compte des spécificités inhérentes à ces deux catégories d'acteurs. Comme lors des deux enquêtes précédentes, ces sondages ont été réalisés grâce à l'application LimeSurvey. Ils ont été ouverts le vendredi 2 décembre 2021 et clôturés le lundi 17 janvier 2021, soit pour une durée de 45 jours, nettement supérieure à la période d'ouverture des questionnaires des deux précédents sondages – 20 jours sur le thème « Crise sanitaire et contrats publics » et 30 jours pour le thème « Les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics ».

Concernant leur diffusion, celle-ci a été assurée par plusieurs méthodes. D'abord, ils ont fait l'objet d'une publicité sur les réseaux sociaux de la Chaire, LinkedIn (Chaire de droit des

contrats publics) et Twitter (@chairedcp). Afin d'obtenir une publicité maximale, plusieurs rappels ont été effectués. Ensuite, les partenaires et correspondants bénévoles de la Chaire, notamment ceux ayant participé à nos précédentes enquêtes, ont été sollicités pour diffuser les questionnaires dans leurs réseaux propres. Enfin, certaines fédérations professionnelles (Fédération Nationale des Travaux publics ; Fédération des Entreprises Publiques Locales ; Association Nationale des Juristes Territoriaux ; France Urbaine) que nous remercions ici ont relayé ces sondages.

**32. Les questions posées.** Dans la lignée des précédents questionnaires sur la thématique des liens entre règles de passation et difficultés d'exécution des contrats publics et afin de limiter l'inévitable phénomène de baisse du taux de réponse au fur et à mesure de l'évolution des questionnaires, le nombre de questions a été limité à 54 questions pour le sondage « autorités contractantes » et 48 questions pour le sondage « opérateurs économiques ». Par ailleurs, la grande majorité des questions étaient des questions fermées, ce qui permet de limiter le temps de réponse.

En ce qui concerne la structure des questionnaires, celle-ci a été commune aux deux questionnaires (le détail est, là encore, disponible en annexe) :

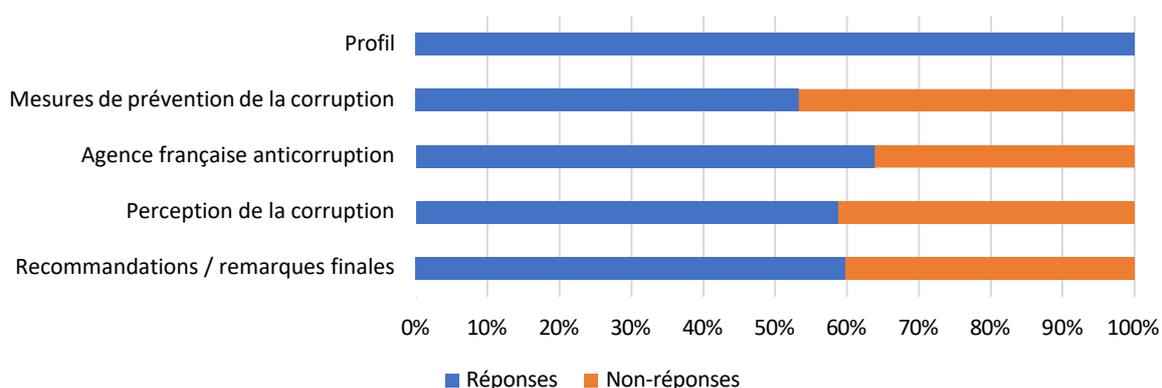
- 1) **Profil** : 2 questions pour les opérateurs économiques / 3 questions pour les autorités contractantes ;
- 2) **Les mesures de prévention de la corruption de la loi « Sapin 2 »** : 30 questions pour les opérateurs économiques / 36 questions pour les autorités contractantes ;
- 3) **L'Agence française anticorruption** : 9 questions pour les opérateurs économiques / 8 questions pour les autorités contractantes ;
- 4) **Perception de la corruption dans les contrats publics** : 5 questions ;
- 5) **Recommandations / remarques finales** : 2 questions.

**33. Statistiques générales sur les répondants.** Globalement, malgré l'utilisation des mêmes canaux de diffusion, une ouverture plus longue du questionnaire et des rappels plus nombreux, on constate un infléchissement de la participation au sondage si l'on compare les résultats aux précédentes enquêtes quantitatives réalisées par la Chaire. Deux hypothèses peuvent être avancées pour expliquer ce reflux. Premièrement, le réseau de la Chaire est essentiellement composé de juristes spécialisés dans la commande publique, dont la prévention de la corruption n'est pas le cœur de métier, ce qui peut expliquer un intérêt moindre porté à ce thème pour certains. Secondement, la sensibilité de la question de la corruption peut être avancée comme donnée explicative de ces résultats. Bien entendu, ceci est de nature à relativiser les résultats obtenus. Cependant, on observe une certaine représentativité de l'échantillon, au regard, notamment des profils des répondants. Par ailleurs, le déséquilibre qui avait été observé lors de la précédente enquête, où 75 % des répondants étaient des personnes morales de droit public ou des sociétés à capitaux publics, est nettement atténué ici. Enfin, le phénomène de diminution tendancielle des taux de réponse au fur et à mesure de l'avancée du questionnaire est ici moins important, puisque si l'on constate une

baisse de ces taux à l'issue de la partie « profil », ceux-ci restent ensuite stables jusqu'à la fin des questionnaires.

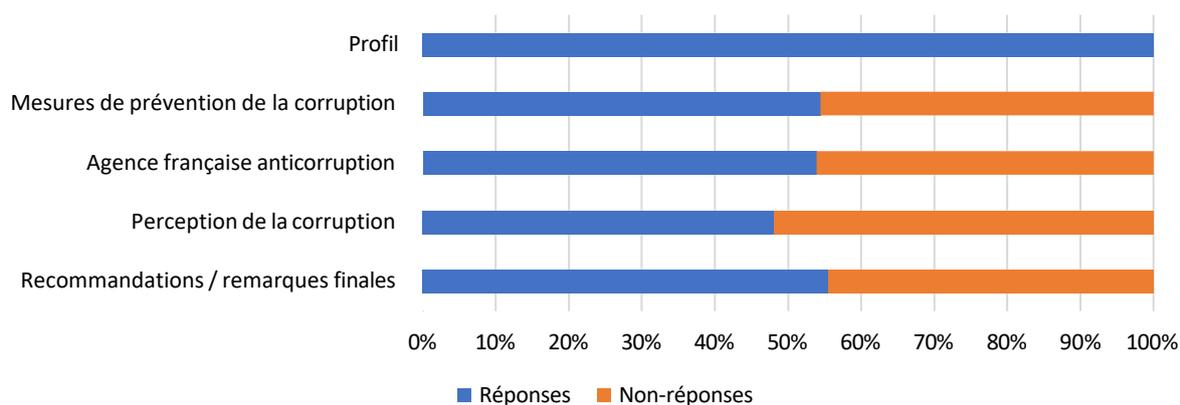
- **Questionnaire « Autorités contractantes »** : 56 personnes ont ouvert le questionnaire, mais seules 36 ont répondu à au moins une question. C'est donc sur la base de ces 36 qu'ont été calculés les taux de réponse partie par partie. Ces taux ont été obtenus sur la base du nombre moyen de réponses par partie, étant entendu que les réponses « sans objet » ou « sans élément de réponse » ont été prises en compte puisqu'elles procèdent d'une action positive de la part du répondant, non d'une abstention passive. Ainsi, on obtient une moyenne de 19,19 réponses par question sur la partie « Mesures de prévention de la corruption issues de la loi Sapin 2 », de 23 réponses sur la partie « Agence française anticorruption », de 21,17 réponses sur la partie « Perception de la corruption dans les contrats publics » et de 21,5 réponses sur la partie « Recommandations / remarques finales ».

### Taux de réponse moyen par partie



- **Questionnaire « Opérateurs économiques »** : s'agissant du questionnaire dédié aux opérateurs économiques, un phénomène analogue peut être observé, à savoir une baisse assez significative du taux de réponse à l'issue de la partie « Profil », à laquelle 27 personnes ont répondu, sur les 47 qui ont ouvert le questionnaire, puis une stabilité du nombre moyen de réponses par partie, avec 14,7 réponses à la première partie, 14,56 à la deuxième, 13 à la troisième et 15 à la dernière.

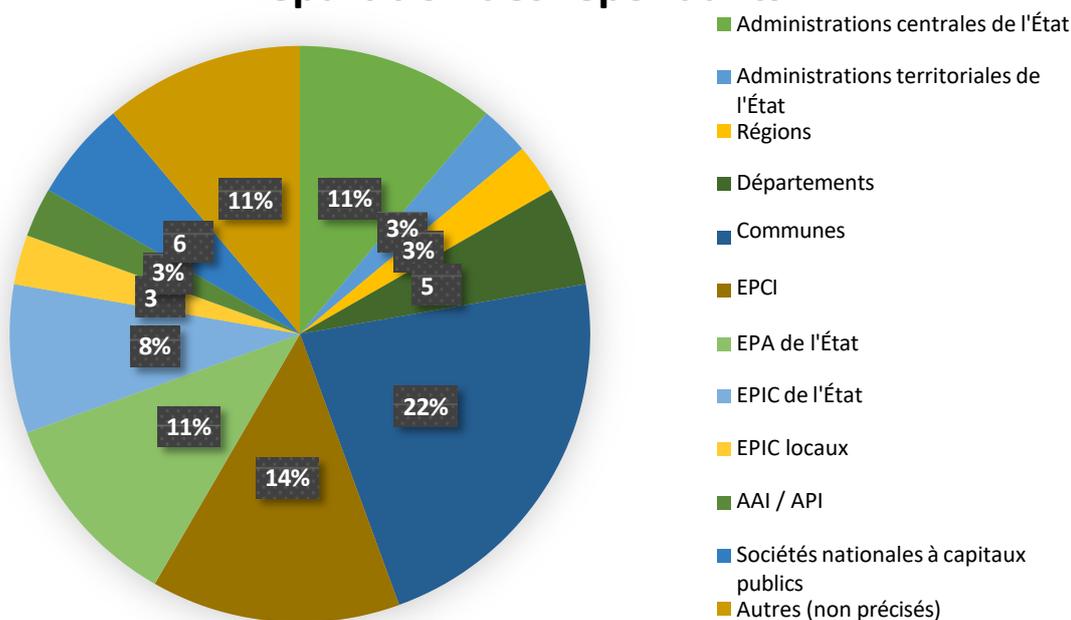
## Taux de réponse moyen par partie



**34. Profils des répondants.** Plusieurs questions étaient posées aux participants au questionnaire afin de préciser leurs profils, ces questions variant naturellement entre les deux questionnaires.

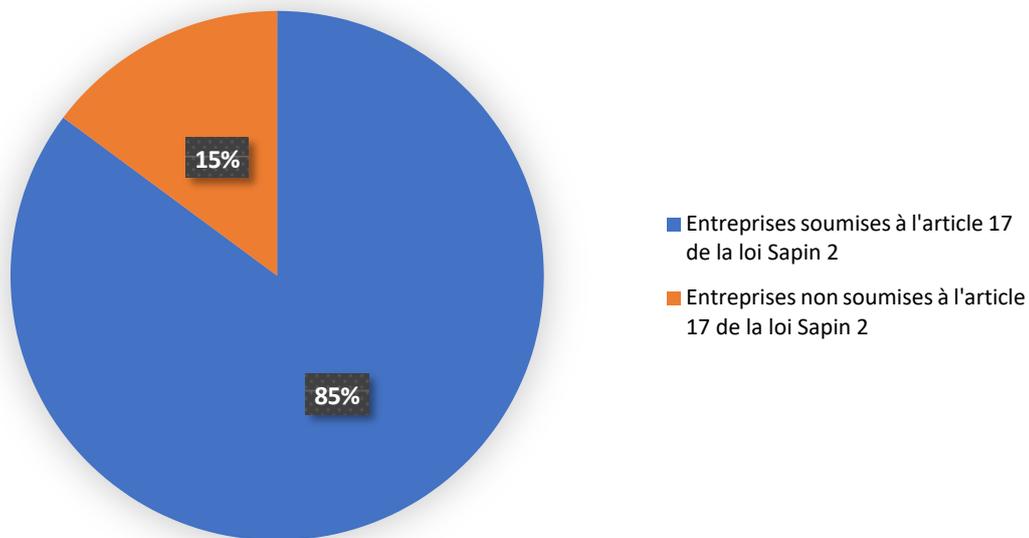
- **Questionnaire « Autorités contractantes »** : si, comme le montre le diagramme suivant, la représentativité du panel s’agissant des catégories d’autorités contractantes est satisfaisante, puisqu’ont répondu 4 administrations centrales de l’État, 1 administration territoriale de l’État, 1 autorité administrative ou publique indépendante, 1 région, 2 départements, 8 communes, 5 EPCI, 4 établissements publics administratifs de l’État, 3 EPIC de l’État, 1 EPIC local, 2 sociétés nationales à capitaux publics et 4 « autres » sans précision, on observe cependant une concentration des répondants parmi les pouvoirs adjudicateurs, puisque sur les 36, seuls 4 précisent être une entité adjudicatrice. Par ailleurs, on note que ce sont surtout des juristes appartenant à des grandes structures qui ont répondu. 24 d’entre eux appartiennent à une structure de plus de 500 personnes, 11 à une structure de moins de 500 personnes et 1 à une structure de moins de 50 personnes.

## Répartition des répondants



- **Questionnaire « Opérateurs économiques »** : s'agissant des opérateurs économiques, le choix a été fait de ne poser que deux questions relatives à leur profil, l'une portant sur leur soumission aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2, ce qui donne d'emblée des informations quant à la taille de l'entité, l'une sur les contrats auxquels ils sont parties. Sur cette question, on observe que la grande majorité des répondants sont parties à au moins un marché public de travaux, puisque sur les 27 répondants, 22 l'affirment. Cette inclinaison du panel vers le secteur des travaux publics se confirme par le fait que 7 répondants sont également parties à au moins un marché de partenariat ou global, 4 à une concession de travaux et 3 à un marché public de maîtrise d'œuvre. Pour le reste, 3 participants sont parties à un marché public de fournitures courantes ou de services, 1 à une concession de services et 2 à une convention d'occupation du domaine public. En ce qui concerne la taille des entreprises, là encore, les sociétés de plus de 500 salariés ou appartenant à un groupe de plus de 500 salariés ou générant un chiffre d'affaires de plus de 100 millions d'euros sont largement majoritaires dans le panel, puisque 23 répondants sur 27 affirment être soumis à l'article 17 de la loi Sapin 2.

## Répartition des répondants



### IV - Le plan de l'enquête

**35.** Le plan retenu se distingue des deux précédents rapports de la Chaire. Pour des raisons de cohérence d'ensemble, les enquêtes qualitative et quantitative ne seront pas présentées successivement. Leurs résultats seront analysés selon un plan thématique reprenant la structure des entretiens et sondages, à quoi seront adossés des éléments de droit comparé :

**Partie I – Perception de la corruption dans les contrats publics**

**Partie II – Les mesures de prévention de la corruption issue de la loi Sapin 2**

**Partie III – L'Agence française anticorruption**

**Partie IV – Éléments de droit comparé**

**Partie V – Recommandations**

---

# Partie I

## La perception de la corruption dans les contrats publics

---

**36. L'intime et le secret.** Les enquêtes qualitative et quantitative ont bien confirmé que l'entreprise de mesure de la corruption, y compris à travers une focale restrictive, celle des contrats publics, était impossible, pour les raisons entrevues en introduction. La première raison confine au secret consubstantiel à la corruption : les pratiques corruptives sont par essence obscures, ce qui rend illusoire toute tentative de mesure objective. Il faut alors se résoudre à sonder la perception de la corruption dans les contrats publics, ceci afin de voir au-delà du prisme manifestement déformant des statistiques judiciaires. C'est ici que la seconde raison entre en jeu : l'intime. Parce qu'il s'agit de perceptions subjectives, les avis des différents acteurs interrogés dans le cadre de ces enquêtes sont par essence variables, biaisés par les représentations ou encore les expériences.

Les données ici présentées doivent donc être relativisées, elles ne sont que la compilation d'avis des acteurs du droit des contrats publics. Cependant, cela ne signifie pas qu'elles n'ont pas de valeur, bien au contraire. D'une part, elles constituent un indicateur intéressant de l'état de la perception de la corruption dans les contrats publics en France en 2021, ce qui permet d'informer sur le degré de confiance qu'entretiennent réciproquement opérateurs économiques et autorités contractantes. D'autre part, du fait de l'expérience significative de nombreuses personnes interrogées, elles permettent de mesurer une évolution du phénomène de corruption dans les contrats publics.

**37. Les données recherchées.** Les enquêtes ont entendu sonder ces perceptions des acteurs des contrats publics sur plusieurs points. D'abord, l'intensité du phénomène de corruption était interrogée (**Section I**) et il était demandé aux participants s'ils avaient déjà été témoins de faits pouvant être qualifiés de manquements au devoir de probité de la part d'un agent public ou de corruption active de la part d'un salarié d'une entreprise dans le cadre de la passation ou de l'exécution de contrats publics. Ensuite, il s'est agi de déterminer, selon les participants aux enquêtes, quelle était l'étape du cycle d'un contrat public qui était la plus sujette à voir surgir de telles pratiques : la phase préalable à l'engagement de la procédure, notamment le *sourcing*, la procédure de passation en tant que telle ou l'exécution et, enfin, si certaines formes contractuelles ou procédures particulières étaient davantage à risques (**Section II**).

## Section I

# La perception de l'intensité du phénomène de corruption dans les contrats publics

### Résumé d'étape n°1

Globalement, il ressort assez clairement de l'enquête qualitative que la corruption dans les contrats publics est sur la pente descendante. Si une majorité de personnes interviewées affirment n'avoir jamais été témoins de pratiques corruptives, celles qui, au contraire, l'ont été notent une tendance nette puis le début du millénaire à une moralisation des pratiques et, corrélativement, à une réduction des cas de corruption. Néanmoins, semblent persister des pratiques commerciales qui se situent dans un espace-tampon entre le légal et le pénalement répréhensible, au sein duquel le risque est bien présent.

Pour autant, l'enquête quantitative paraît révéler une réalité bien différente, dans laquelle la corruption serait toujours un phénomène répandu dans les contrats publics. En effet, 48,48 % des répondants au sondage affirment avoir été témoins de manquements au devoir de probité de la part d'agents publics dans le cadre de la préparation, la passation ou l'exécution de contrats publics et 27,27 % d'entre eux rapportent avoir été témoins de faits de corruption active de la part de représentants d'opérateurs économiques dans ce même cadre.

### I - Enquête qualitative

**38.** L'enquête qualitative révèle clairement une baisse tendancielle des pratiques corruptives dans les contrats publics (**A**), mais prouve que le phénomène est loin d'avoir été éradiqué (**B**).

#### A – Une tendance à la baisse

**39. Une corruption peu constatée.** Sur l'ensemble des personnes interviewées représentantes d'autorités contractantes ou d'opérateurs économiques, soit 18, 11 affirment n'avoir jamais été témoins de faits pouvant être qualifiés de manquement au devoir de probité de la part d'un agent public ou de corruption active de la part d'un représentant d'une entreprise dans le cadre de la préparation, de la passation ou de l'exécution d'un contrat public. Par ailleurs, sur les 7 autres, 5 affirment n'avoir été témoins de tels faits qu'à une ou deux reprises<sup>143</sup>. Seules 2 personnes, l'une représentant une autorité contractante<sup>144</sup> et l'autre un opérateur économique<sup>145</sup>, considèrent que le phénomène est encore répandu. En particulier, la

<sup>143</sup> AC 3 ; AC 4 ; AC 7 ; OE 2 ; OE 6.

<sup>144</sup> AC 11.

<sup>145</sup> OE 4.

personne représentant l'opérateur économique en question affirme être confrontée à des cas de manquement au devoir de probité « *toutes les semaines* »<sup>146</sup>.

Mais il est important, ici, de ne pas raisonner en termes strictement quantitatifs. Ainsi, un représentant d'une autorité contractante ayant été témoin d'un cas avéré de corruption passive de la part d'un élu de sa structure, précise qu'un seul cas – qui ici avait été de grande ampleur – pouvait nuire très fortement et sur le long terme à la personne publique concernée. En particulier, la médiatisation d'un cas de corruption dans une collectivité territoriale, selon lui, « *ne la secoue pas seulement au plan pénal, cela entraîne également un blocage, un effet de suspicion interne et externe* »<sup>147</sup> dont il est difficile de s'extirper.

**40. Un progrès évident.** Si la corruption semble moins présente dans les contrats publics aujourd'hui, l'ensemble des personnes interrogées précisent que le constat n'aurait pas été le même dans les années 1990. De ce point de vue là, des progrès conséquents ont été réalisés depuis lors. Les praticiens constatent ainsi tous « *qu'il y a une volonté ferme d'améliorer les choses* »<sup>148</sup> ou que « *les pratiques ont beaucoup changé ces dernières années* »<sup>149</sup> du fait d'une « *sensibilisation* »<sup>150</sup> des acteurs nettement accrue. En particulier, un représentant d'opérateur économique, bénéficiant d'une longue expérience, témoigne de la disparition de certaines pratiques clairement corruptives : « *les cadeaux n'existent quasiment plus* »<sup>151</sup>, ce qui est confirmé par une autre personne interviewée, à l'expérience non moins conséquente, selon qui les « *systèmes occultes de financement personnel ou politique ont quasiment disparu* », alors qu'ils étaient bien perceptibles « *dans les années 80/90* »<sup>152</sup>.

Ceci fait écho à ce qu'a pu nous affirmer Michel Sapin lorsque nous l'avons interviewé : « *nous sommes partis de zéro et nous sommes arrivés à quelque chose qui nous donne de la crédibilité* ». Tout cela démontre bien que les nombreux textes édictés depuis le début des années 1990 ont eu un effet sur la perception du phénomène par les acteurs, qui estiment globalement que celui-ci a été endigué, voire a reculé. En particulier, une personne interviewée représentant un opérateur économique précise qu'au-delà des dispositifs actuels de prévention ou de lutte contre la corruption et du cadrage plus important de la passation des contrats publics, c'est plus largement une culture de la probité qui semble se diffuser chez les praticiens, de plus en plus vigilants et prudents vis-à-vis de la question. Cette personne raconte d'ailleurs que le seul cas de corruption dont elle a été témoin récemment est celui d'un directeur des services techniques d'une commune qui avait expressément sollicité une « *enveloppe* » à l'un de ses collaborateurs pour obtenir un marché public. Elle précise que là où il y a trois décennies, l'entreprise aurait décidé de céder, par crainte de ne plus jamais obtenir de marché de la part de cette commune, tel n'a pas été son comportement puisqu'elle a dénoncé l'agent improbe<sup>153</sup>.

---

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> AC 3.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> AC 5.

<sup>150</sup> AC 11.

<sup>151</sup> OE 4.

<sup>152</sup> OE 2.

<sup>153</sup> *Ibid.*

Néanmoins, les entretiens ont montré que la corruption subsistait dans les contrats publics, ainsi que l'on pouvait naturellement le présumer.

## B – Une corruption toujours présente

**41. Des lignes de crête dangereuses.** Les contrats publics constituent un risque majeur de corruption, précisément du fait qu'ils sont le carrefour où se rencontrent – si l'on excepte les intérêts politiques dont le rôle est aujourd'hui moindre du fait de l'encadrement du financement des partis politiques et des campagnes électorales – deniers publics et intérêts privés. Ils représentent donc un terrain d'échanges commerciaux bien particuliers où, par nature, des usages commerciaux ont cours, en particulier lorsque l'autorité contractante et l'opérateur économique interviennent sur un même territoire. Un représentant d'un opérateur économique insiste d'ailleurs sur cette « *proximité naturelle* » qui peut exister entre un donneur d'ordres public et une entreprise et qui ne doit pas nécessairement être vue sous « *l'angle négatif* », notamment depuis que la loi Sapin 2 a donné aux grandes entreprises les outils pour faire le départ entre l'usage commercial autorisé et les pratiques corruptives interdites, en particulier grâce au code de conduite<sup>154</sup>. Mais il reste que la grande majorité des personnes interrogées sont particulièrement vigilantes vis-à-vis de l'ensemble des pratiques qui, dans le cadre d'une relation purement commerciale entre deux entreprises, sont admises, mais qui, vis-à-vis d'une personne publique, apparaissent nécessairement suspectes. Il existe donc une « *zone grise* »<sup>155</sup> où l'on retrouve des pratiques, souvent diligentées de bonne foi, mais qui sont à la limite de la tentative de corruption active. Ainsi, une autorité contractante cite l'exemple d'une entreprise qui, au cours des négociations en vue de l'attribution d'un contrat de restauration collective, avait apporté pour les agents publics participant à la négociation des paniers d'échantillons de ses produits : l'on voit bien ici que l'on est à la frontière entre le cadeau et l'échantillon<sup>156</sup>. D'autres pratiques révélées par les enquêtes sont plus grossières, comme celle consistant, pour une entreprise concurrente de l'une des personnes interviewées, à accompagner son offre de dix iPad neufs en guise de cadeau<sup>157</sup>. Si ces pratiques persistent, il faut dire que l'extrême majorité des personnes interrogées notent qu'elles tendent malgré tout à se réduire.

Un représentant d'une autorité contractante note cependant que si cela fait « *plus de quinze ans* » qu'il n'a « *pas reçu d'invitation pour aller voir un match de foot ou de rugby* », ce qui était monnaie courante à une époque selon lui, il demeure une pratique où peuvent encore se nicher des collusions potentiellement à risque, ce sont « *les événements propres à certains secteurs d'activité, qui regroupent tous les acteurs d'un secteur donné autour de séminaires* ». Lors de ces événements, rapporte-t-il, certaines entreprises invitent les représentants de personnes publiques dans de « *grands restaurants où à des soirées* », lesquels peuvent être risquées en termes de probité<sup>158</sup>. D'où, selon un opérateur économique, la nécessité

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> AC 1.

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> OE 6.

<sup>158</sup> AC 5.

impérieuse de sensibiliser les opérationnels à bien distinguer « *la pratique commerciale et l'acte répréhensible* »<sup>159</sup>.

**42. Un phénomène accru dans les collectivités territoriales.** Deux personnes interrogées ont expressément affirmé que la corruption était nettement plus présente dans les contrats des collectivités territoriales que dans ceux des services de l'État.

En particulier, la personne représentant l'opérateur économique qui affirme être confrontée à des cas de manquement au devoir de probité de façon hebdomadaire, précise que le problème se cristallise aujourd'hui autour du délit d'octroi d'avantage injustifié et identifie les collectivités territoriales et la tendance au « *localisme* »<sup>160</sup> comme la cause essentielle de ces faits. Elle précise ainsi qu'il est tout à fait fréquent que des communes ou des départements décident, avant que la procédure de passation n'ait eu lieu, « *de leurs attributaires et même de la répartition des lots* »<sup>161</sup> le cas échéant et qu'il est même fonction de la taille des collectivités, les plus petites présentant la plus forte propension à la corruption. Ce point de vue est d'ailleurs partagé par un représentant d'une autorité contractante, selon qui « *il faut faire une distinction entre administrations centrales et collectivités territoriales, ces dernières étant davantage sujettes à ce genre de faits* »<sup>162</sup>.

**43. Un phénomène variable en fonction de la valeur des contrats.** Un représentant d'un opérateur économique considère que les délits de favoritisme se nichent « *à tous les étages* » de la commande publique, à savoir non seulement dans les petits projets « *qui passent sous les radars du contrôle de légalité* », mais également dans les grands projets, plus surveillés.

Cet avis n'est pas partagé par les autres personnes interviewées. L'une d'elles, représentant un autre opérateur économique, estime que ce sont bel et bien les contrats d'une valeur estimée inférieure au seuil de 40 000 € et 100 000 € pour les marchés de travaux qui attirent l'essentiel du phénomène de corruption, du fait de leur plus grande opacité, un avis partagé par le représentant d'une autorité contractante particulièrement critique vis-à-vis du rehaussement du seuil à 40 000 €, ce dernier étant un véritable facteur de risque en ce qu'il constitue « *presque une incitation à la commission de délits de manquement au devoir de probité* »<sup>163</sup>.

En réalité, il semble bien qu'en matière de contrats publics, la corruption agisse comme un liquide, qu'elle s'immisce dans les espaces laissés vierges de tout cadre et de toute surveillance. Naturellement, dans les contrats inférieurs au seuil de passation, ce cadre et les contrôles qui l'accompagnent s'estompent, laissant un fossé béant à l'intérieur duquel la corruption peut plus facilement s'insinuer. Dans les contrats à la procédure de passation davantage encadrée, les espaces sont naturellement moindres, mais peuvent exister, ce qui tend à expliquer l'avis de la première personne citée.

<sup>159</sup> OE 1.

<sup>160</sup> OE 4.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> AC 4.

<sup>163</sup> AC 2.

**44. Un phénomène variable en fonction des secteurs d'activité ?** Peu de personnes interrogées mentionnent un secteur d'activité comme étant plus sujet à corruption qu'un autre et si plusieurs d'entre elles évoquent le secteur du BTP comme particulièrement concerné à une époque<sup>164</sup> – avec parfois des demandes explicites de la part de responsables publics, comme « *faire une piscine chez Monsieur le maire* »<sup>165</sup> – tous s'accordent à dire qu'il y a eu un profond assainissement des pratiques dans ce secteur particulier.

Deux autres interviewés évoquent le secteur de la maintenance<sup>166</sup> comme présentant un risque de corruption important au stade de l'exécution, notamment lorsque le contrat est conclu sous la forme d'un accord-cadre, où le manque de contrôle de l'exécution peut facilement donner lieu à des pratiques corruptives.

## II - Enquête quantitative

**45. Données.** Ici, les questions posées par le sondage quantitatif étaient communes aux opérateurs économiques et autorités contractantes. Les résultats de l'enquête feront donc l'objet d'une présentation commune.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Avez-vous déjà été témoin ou eu connaissance de pratiques ou de tentatives de pratiques pouvant être qualifiées de manquement au devoir de probité (concession, corruption passive, trafic d'influence, prise illégale d'intérêt, délit d'octroi d'avantage injustifié, soustraction ou détournement de biens ou de fonds publics ou privés) de la part d'un représentant d'une autorité contractante dans le cadre de la préparation, de la passation ou de l'exécution d'un contrat public ?	33 (dont 21 AC et 12 OE)	30 (dont 15 AC et 15 OE)	52,38 %
Avez-vous déjà été témoin ou eu connaissance d'une corruption active ou d'une tentative de corruption active de la part d'un représentant d'un opérateur économique dans le cadre de la préparation, de la passation ou de l'exécution d'un contrat public ?	33 (dont 21 AC et 12 OE)	30 (dont 15 AC et 15 OE)	52,38 %

<sup>164</sup> AC 4.

<sup>165</sup> OE 4.

<sup>166</sup> AC 3 ; AC 4.

**46. Une corruption toujours présente chez les agents publics.** Les résultats obtenus à la première question, qui visait à mesurer l'intensité de la corruption des agents publics dans le cadre de la préparation, de la passation ou de l'exécution des contrats publics, sont de nature à relativiser le constat dressé au stade de l'enquête qualitative et qui faisait état d'un phénomène en voie d'affaissement et, à date, peu répandu. En effet, sur 33 répondants, 16 affirment avoir déjà été témoin de pratiques pouvant être qualifiées de manquements au devoir de probité de la part d'un agent public dans le cadre du cycle de vie d'un contrat public, soit 48,47 %. Cela revient à dire que sur notre panel, près de la moitié des juristes ont déjà été confrontés à de tels faits, des données qui contrastent nettement avec les constats dressés par l'enquête qualitative. Les résultats sont d'autant plus étonnants que sur les 16 personnes affirmant avoir déjà été confrontées à la corruption d'agents publics, 11 sont des représentants d'autorités contractantes et 5 d'opérateurs économiques. Dès lors, si l'on sépare ces deux catégories, on observe que 52,38 % des représentants d'autorités contractantes ayant répondu à cette question ont déjà été témoins de telles pratiques. La proportion chute à 41,67 % si l'on considère les juristes d'entreprise.

Ce différentiel peut s'expliquer assez aisément : il va de soi que les agents publics côtoient quotidiennement et de façon quasi permanente d'autres agents publics, si bien qu'ils sont nettement mieux placés que les salariés d'opérateurs économiques pour constater des faits de manquements au devoir de probité qui seraient commis par leurs collègues. Partant de ce postulat, et considérant que les représentants d'opérateurs économiques ne sont aux prises que de façon sporadique avec des agents publics, c'est le chiffre de 41,67 % de ces derniers qui ont été témoins de tels faits qui interpelle d'autant plus.

En tout état de cause et en gardant à l'esprit que le panel est restreint, il est possible de formuler l'hypothèse selon laquelle la corruption d'agents publics dans le cadre de la préparation, la passation ou l'exécution de contrats publics constitue un phénomène bien plus répandu que ce que les statistiques judiciaires laissent à penser.

**47. Une corruption moins constatée chez les représentants d'opérateurs économiques.** En ce qui concerne la corruption de représentants d'opérateurs économiques, qui, s'agissant des contrats publics, se cristallise autour du délit de corruption active d'agent public, les résultats obtenus sont certes moins importants, mais demeurent à un niveau particulièrement élevé, puisque sur 33 répondants, 9 affirment avoir été témoins de corruption active ou de tentative de corruption active dont aurait été auteur un représentant d'opérateur économique dans le cadre de la préparation, la passation ou l'exécution d'un contrat public, soit 27,27 %.

Si, de la même manière que pour la précédente question, on sépare les deux catégories de répondants, on constate un phénomène analogue, à savoir que les opérateurs économiques sont en proportion plus nombreux à rapporter avoir été témoins de tels faits puisque 33,34 % d'entre eux répondent en ce sens. S'agissant des représentants d'autorités contractantes, la proportion est de 23,81 %.

Si, de la même manière que pour la précédente question, on sépare les deux catégories

représentants d'opérateurs économiques sont mieux placés pour observer les pratiques des autres entreprises que les agents d'autorités contractantes.

Au-delà de différence de perception à raison des catégories de répondants, la différence observée entre les deux questions doit être interrogée, étant entendu qu'un différentiel de plus de 21 points sépare le taux des répondants ayant été témoins de corruption de la part d'agents publics de celui des répondants ayant été témoins de corruption de la part de représentants d'opérateurs économiques. À l'évidence, le périmètre de cette étude ne permet pas d'asséner des conclusions définitives, il permet seulement d'avancer des hypothèses. Peut-être est-il possible d'en formuler deux. La première serait de nature économique, elle consiste à dire que les opérateurs économiques sont moins enclins à corrompre ou tenter de corrompre du fait du risque économique découlant de ces pratiques, qui vient se superposer au risque pénal. La seconde est que la soumission des grands opérateurs économiques à la mise en place d'un dispositif anticorruption conformément à l'article 17 de la loi Sapin 2 a effectivement eu pour effet de juguler le phénomène. De ce point de vue, l'absence de soumission des personnes publiques à ces dispositions serait l'une des explications de la plus grande persistance de la corruption d'agents publics.

## Section II

# Les espaces à risques des contrats publics

### Résumé d'étape n°2

Le principal enseignement que l'on tire de l'enquête quantitative est que le risque de corruption est inversement proportionnel à l'intensité du cadrage juridico-administratif d'une pratique donnée. Ainsi, si la phase de passation est classiquement envisagée comme l'étape la plus exposée, il semble que son encadrement juridique fort soit de nature à considérablement limiter un risque néanmoins toujours présent. À l'inverse, l'exécution, *a priori* moins exposée, est largement mentionnée comme risquée du fait de son faible encadrement juridique.

Il en va de même en ce qui concerne les formes contractuelles, les techniques d'achat et les procédures de passation. C'est généralement lorsque le cadre est moins défini que se nichent les risques. Il en va ainsi, s'agissant des techniques d'achat, des accords-cadres et, s'agissant des procédures, des contrats passés sans publicité ni mise en concurrence, car d'une valeur estimée inférieure aux seuils de passation.

Sur ces aspects, l'enquête quantitative a globalement confirmé les enseignements de l'enquête qualitative, à savoir que plus une étape du cycle d'un contrat ou une procédure est juridiquement encadrée, transparente et collégiale, moins le risque de corruption est intense. À noter toutefois une divergence sur la question du *sourcing* : là où les personnes interviewées dans le cadre de l'enquête qualitative ne le considéraient pas comme une étape risquée, il en va autrement pour les participants à l'enquête quantitative, qui estiment majoritairement que le faible encadrement du *sourcing* génère un risque.

### I - Enquête qualitative

**48.** L'état des lieux de la corruption dans les contrats publics s'est poursuivi en sondant les espaces à risques des contrats publics. S'il est admis que les contrats publics restent un domaine fortement à risque<sup>167</sup>, il était important, à ce stade, d'interroger les praticiens sur les points les plus risqués. En d'autres termes, il s'est agi de déconstruire les contrats publics, d'abord temporellement (**A**), puis matériellement (**B**).

<sup>167</sup> C. PREBISSY-SCHNALL, « Les marchés publics resteront-ils le domaine privilégié de la corruption politico-administrative ? », *RFAP*, 2020, n°3, p. 693.

## A – Comparaison des étapes du cycle des contrats publics au regard du risque de corruption

**49. Approche temporelle.** Il était ici demandé aux personnes interviewées si, selon elles, les différentes étapes du cycle des contrats publics présentaient un risque variable.

**50. Un risque omniprésent.** L'extrême majorité des acteurs estime que le risque est présent à toutes les étapes du cycle des contrats publics. Quatre d'entre eux, tous représentants d'autorités contractantes, précisent même que, de leur avis, le risque est équivalent dans l'ensemble de ces phases<sup>168</sup>. Cependant, la majorité a un avis plus tranché. Si la phase de *sourcing* est peu mise en cause, la passation représente un risque toujours important, quoique tendant à se réduire, là où l'exécution est souvent évoquée comme le siège majeur de pratiques à risque.

**51. Le *sourcing* épargné.** Seule une personne interrogée considère que le *sourcing* est « *la plus sensible* »<sup>169</sup> des trois étapes. Précisément, selon elle, le faible encadrement du *sourcing* par le Code de la commande publique favorise l'apparition de pratiques corruptives puisqu'à ce moment-là, il peut très facilement y avoir des discussions informelles, des cadeaux, des promesses afin que les pièces de la consultation soient ensuite rédigées afin de favoriser une entreprise en particulier. Mais cet avis n'est nullement partagé par les autres interviewés. Un autre représentant d'une autorité contractante note d'ailleurs une véritable évolution en la matière. Selon lui, l'encadrement actuel du *sourcing* permet d'éviter les dérives d'antan<sup>170</sup>. Un représentant d'un opérateur économique apporte alors une nuance importante : la question n'est pas tant celle du *sourcing*, mais celle de savoir ce que la collectivité fait du *sourcing*. En d'autres termes, est-ce qu'une collectivité fait du *sourcing* en vue de préciser son besoin, ou en vue d'attribuer avant procédure et de manière occulte le contrat<sup>171</sup> ? Mais, tempère-t-il, en pratique, le *sourcing* ne lui paraît pas être un « *vecteur de corruption* », car il est généralement employé, précisément, pour éviter tout favoritisme et renforcer la concurrence.

Comme pratique nouvelle en matière de contrats de la commande publique, le *sourcing* apparaît en réalité comme l'apanage d'acheteurs professionnels, soucieux de l'emploi efficace des deniers publics et bien sensibilisés au risque de corruption. Dès lors, c'est parce qu'il est apparu à une époque où les agents et les commerciaux sont davantage formés et sensibilisés, qu'il semble présenter un risque plus faible. C'est d'ailleurs tout le propos du représentant d'un opérateur économique, qui précise que, du fait d'un changement générationnel chez les praticiens, il y a « *une plus grande conscience des questions de probité. Les gens n'ont plus envie de jouer à ça, ils savent que le risque de sanction est très important* »<sup>172</sup>.

<sup>168</sup> AC 4 ; AC 7 ; AC 9 ; AC 11.

<sup>169</sup> AC 10.

<sup>170</sup> AC 3.

<sup>171</sup> OE 7.



**52. La passation, un risque fort, mais encadré.** Sans surprise, la passation est largement évoquée comme présentant un risque brut parfois qualifié d'« *énorme* »<sup>173</sup>. Ici, toutes les sous-étapes du processus ont pu être mentionnées par les différentes personnes interrogées.

D'abord, au niveau des documents de la consultation. Un représentant d'opérateur économique précise ainsi que parfois, il voit clairement qu'un CCTP a été rédigé « *sur mesure* »<sup>174</sup> et qu'il n'est pas étonné de voir quelle entreprise est finalement attributaire du marché. Un autre point évoqué par une entreprise est celui de la rédaction et de la pondération des critères de sélection. Certains critères, notamment le critère esthétique, laissent nécessairement à l'acheteur une part d'appréciation subjective dans laquelle la corruption peut s'engouffrer. Certes, dit-il, la jurisprudence est beaucoup plus vigilante qu'autrefois sur ces critères, mais il demeure que certains conservent une part de subjectivité.

Ensuite, c'est la phase d'analyse des offres qui est évoquée. Un représentant d'opérateur économique estime même que le risque est « *circonscrit* »<sup>175</sup> à cette étape décisive. Un autre précise les choses en identifiant un moment bien particulier de l'analyse des offres qui est l'établissement du rapport d'analyse des candidatures et des offres, soit préalablement à la réunion de la CAO<sup>176</sup>. C'est précisément à ce moment-là où le cadre est moindre, où le choix est fait dans le secret des services. Il y a donc, à ce moment précis, toujours un risque de « *coups de fils* », de « *tentatives d'entente* »<sup>177</sup>. Sur cette question, un troisième représentant d'opérateur économique souligne qu'en marchés de travaux, il y a un risque supplémentaire lorsque c'est le maître d'œuvre ou l'assistant à la maîtrise d'ouvrage qui procède à l'ouverture des plis et à l'analyse des offres. Dans ce cas, il est possible, selon lui, que le maître d'œuvre ou l'assistant à la maîtrise d'ouvrage « *bidouille un peu les notes pour privilégier une entreprise* ». Il tempère toutefois : « *ce n'est pas par volonté de corruption, mais plutôt par confort* »<sup>178</sup>.

Enfin, le représentant d'une entreprise estime que la phase véritablement critique aujourd'hui, c'est l'achèvement de la procédure de passation, non la procédure en elle-même. Ainsi, si une entreprise est évincée, elle peut « *formuler des menaces, notamment si elle a d'autres marchés avec l'acheteur* »<sup>179</sup>, tenter de le corrompre pour les marchés ultérieurs. Par ailleurs, c'est au moment de la mise au point que, parfois, on peut voir des arrangements qui vont au-delà de ce qui est juridiquement possible et qui peuvent laisser penser qu'il y a un pacte de corruption sous-jacent<sup>180</sup>.

Cela étant, la majorité des personnes interrogées considère qu'aujourd'hui, la passation est à ce point « *cadrée* »<sup>181</sup> que les risques se trouvent corrélativement limités. En d'autres termes, si le risque brut – c'est-à-dire le risque considéré « *en amont des moyens de maîtrise mis*

---

<sup>173</sup> AC 2.

<sup>174</sup> OE 1.

<sup>175</sup> OE 3.

<sup>176</sup> OE 4.

<sup>177</sup> AC 5.

<sup>178</sup> OE 2.

<sup>179</sup> OE 6.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> AC 8.

*en œuvre* »<sup>182</sup> – est très important en phase de passation, le risque net l'est beaucoup moins du fait du cadre législatif et réglementaire applicable à cette étape. L'on voit ici l'effet bénéfique de la sophistication des règles de passation en termes de prévention de la corruption. Une autre explication peut aussi être avancée, c'est celle de la concurrence. Ainsi que l'affirme le représentant d'une entreprise, le fait qu'un secteur soit très concurrentiel limite par nature le risque de corruption puisque le risque contentieux est, quant à lui, plus intense. Dès lors, une forme de surveillance mutuelle s'instaure qui, dopée par l'exigence croissante de transparence, vient atténuer le risque de corruption<sup>183</sup>.

**53. L'exécution, un risque faible, mais peu encadré.** Contrairement à ce que l'on peut penser, certaines personnes ont clairement affirmé : « *le risque premier, c'est l'exécution* »<sup>184</sup>. Mais il s'agit sans doute du point le plus contesté de cette question, à savoir que, pour d'autres, l'exécution ne génère qu'un risque minime au regard de la corruption. Pour les tenants de la première position, que l'on retrouve autant du côté des autorités contractantes que des opérateurs économiques, l'exécution, du fait qu'elle soit « *négligée* »<sup>185</sup> par les textes, présente alors un risque brut plus faible que la passation, mais un risque net qui demeure fort.

En pratique, la cause la plus mentionnée est que l'exécution se passe « *en relationnel direct* »<sup>186</sup>, à savoir qu'elle met aux prises directement des opérationnels de la collectivité avec ceux de l'entreprise. Dès lors, là où, en passation, « *le juriste est présent pour dire aux opérationnels ce qu'il est possible ou non de faire, en exécution, il est plus décalé donc il y a plus de prise pour des pratiques corruptives vis-à-vis des opérationnels qui ne savent d'ailleurs pas forcément ce qu'est un manquement au devoir de probité et agissent en toute bonne foi* »<sup>187</sup>. En somme, renchérit le représentant d'une autorité contractante, parfois, les opérationnels essaient d'« *arranger les choses* »<sup>188</sup> lors de l'exécution, sans être conscients d'être aux portes de l'illégalité. Un autre souligne que ce n'est pas toujours de bonne foi que le risque est bien plus fort en exécution, car, outre l'absence de cadre, il y a aussi une absence de contrôle donnant lieu, dans sa collectivité, à de « *petits arrangements* »<sup>189</sup> entre les opérationnels et les entreprises, arrangements qui vont de menus cadeaux à de fausses factures.

Enfin, une entreprise souligne qu'il y a un risque en ce qui concerne l'application des pénalités de retard, estimant que leur non-application peut « *cacher un pacte de corruption* »<sup>190</sup>.

---

<sup>182</sup> *Recommandations de l'AFA 2021*, p. 31.

<sup>183</sup> OE 7.

<sup>184</sup> OE 4.

<sup>185</sup> AC 2.

<sup>186</sup> OE 5.

<sup>187</sup> AC 1.

<sup>188</sup> AC 6.

<sup>189</sup> AC 3.

<sup>190</sup> OE 7.

## B – Comparaison des formes contractuelles et procédures de passation au regard du risque de corruption

**54. Approche matérielle.** Ici, la question posée aux personnes interviewées était volontairement large. Il s'agissait de savoir s'il y avait, selon eux, une forme contractuelle ou une technique contractuelle d'une part (1) ou une procédure d'autre part (2), qui était plus sujette à corruption qu'une autre.

### 1. Les formes contractuelles et techniques d'achat

**55. Une indifférence de la forme contractuelle.** Très largement, en ce qui concerne les contrats de la commande publique, les personnes interrogées estiment que la forme contractuelle importe peu face au risque de corruption. L'idée soutenue est que la corruption est un acte malveillant et intentionnel pour lequel les auteurs ne reculent pas devant telle ou telle forme contractuelle : « *quand on est dans une posture de ne pas respecter les règles, la nature du contrat importe peu* »<sup>191</sup>. Néanmoins, les représentants de deux entreprises estiment que les concessions sont, contrairement à ce que l'on pourrait penser, peut-être « *moins exposées* »<sup>192</sup> que les marchés publics, pour deux raisons. La première est qu'il y a plus de « *parties prenantes* »<sup>193</sup> à une concession, ce qui engendre naturellement une surveillance mutuelle accrue. La seconde raison a trait à des discussions plus fréquentes entre les parties, qui seraient de nature à bien expliciter les risques et à y faire face ensemble.

En revanche, si l'on élargit la focale, deux représentants d'autorités contractantes mentionnent d'autres actes qui seraient plus risqués. Le premier estime que l'octroi des conventions d'occupation du domaine public constitue une « *fenêtre de tir* » pour les pratiques corruptives, précisément du fait que ces contrats « *passent sous les radars* »<sup>194</sup> dans la majorité des cas. Le second interpelle sur l'attribution des subventions. Certes, le Conseil d'État considère que toute décision d'octroi d'une subvention est un acte unilatéral, nonobstant le fait que la subvention se matérialise comme une convention et soit signée par le bénéficiaire<sup>195</sup>. Cependant, la frontière entre la subvention et le marché public est parfois poreuse et, précise la personne interviewée, cette distinction n'est pas toujours maîtrisée par les agents, si bien qu'elle a pu constater des octrois de subvention qui auraient pu être requalifiés en marchés publics<sup>196</sup>. Nous sommes ici aux portes du délit d'octroi d'avantage injustifié.

**56. L'accord-cadre à bons de commande comme technique d'achat à risques.** Deux entreprises et une autorité contractante considèrent que les accords-cadres à bons de commande constituent une technique d'achat particulièrement risquée. Ici, la phase d'exécution apparaît comme particulièrement risquée à plusieurs égards. D'abord, il y a un

---

<sup>191</sup> AC 1.

<sup>192</sup> OE 1.

<sup>193</sup> OE 3.

<sup>194</sup> AC 1.

<sup>195</sup> CE, avis, 29 mai 2019, SAS Royal Cinéma, n°428040.

<sup>196</sup> AC 3.

risque fort quant à la « *valorisation* » excessive des petits bons de commande<sup>197</sup>. Ensuite, il y a un risque « *d'entente* » entre les attributaires de l'accord-cadre, spécifiquement s'il s'agit d'entreprises « *qui se connaissent* »<sup>198</sup>. Enfin, pour le représentant de l'autorité contractante, les accords-cadres à bons de commande « *crystallisent un peu le nœud du risque* » puisque leur exécution est diffuse et va être fonction « *du sérieux du service opérationnel* », de sa probité. Il est en effet facile, pour un agent réceptionnant seul une petite commande, de s'adonner à des « *petits arrangements* » avec l'entreprise, puisque ces derniers sont « *difficilement détectables* »<sup>199</sup>.

Un enseignement majeur peut être tiré de ces précieux témoignages : l'atomisation de la commande publique présente un risque important de voir surgir des pratiques corruptives. La raison tient, sans doute, au fait que cette atomisation s'accompagne d'une baisse de la collégialité, à l'image de l'agent opérationnel qui se trouve seul maître à bord pour réceptionner une commande.

## 2. Les procédures de passation

**57. Les procédures avec négociation moins exposées.** Si deux autorités contractantes estiment que « *les marchés avec négociation peuvent être un risque* »<sup>200</sup> et que « *la négociation est plus propice à la corruption* »<sup>201</sup>, puisque la négociation met directement aux prises des êtres humains, cet avis est loin d'être partagé.

Plus précisément, trois personnes interrogées développent l'idée que la négociation, parce qu'elle suppose la collégialité, rend « *plus délicat de tenter de proposer un pacte de corruption* »<sup>202</sup>. Par ailleurs, la négociation permet de faire « *passer des messages avec pédagogie* »<sup>203</sup> ceci afin de délimiter clairement le domaine de l'interdit. Selon le représentant d'une autorité contractante, c'est souvent un moment privilégié pour mettre en lumière la frontière qui sépare les pratiques commerciales des usages portant atteinte à la probité, les fameuses lignes de crête qui ont été décrites plus haut. Du reste, affirme une entreprise, « *l'appel d'offres est plus facile à piper que la négociation* » : il suffit, dit-il, d'insérer des conditions plus favorables à un opérateur économique sous un habit d'objectivité et ledit opérateur « *remporte le marché à tous les coups* »<sup>204</sup>. Alors qu'en négociation, il y a une plus grande traçabilité des échanges, l'acheteur se dévoile davantage, ce qui limite le risque de corruption.

En somme, c'est davantage ici la question de la transparence qui surgit. Si l'appel d'offres est décrié, c'est précisément parce que le choix de l'attributaire se fait dans le silence des services, là où la négociation procède davantage d'une mise à nu qui favorise le contrôle mutuel et, par voie de conséquence, accentue la probabilité qu'un éventuel pacte de corruption soit exhumé.

---

<sup>197</sup> OE 5.

<sup>198</sup> OE 4.

<sup>199</sup> AC 3.

<sup>200</sup> AC 7.

<sup>201</sup> AC 4.

<sup>202</sup> OE 7.

<sup>203</sup> AC 1.

<sup>204</sup> OE 6.

**58. Les contrats passés sans publicité ni mise en concurrence particulièrement exposés.** Il y a là un sentiment assez unanime, sur lequel quelques lignes ont déjà été écrites plus haut : lorsque le contrat est passé sans publicité ni mise en concurrence, c'est-à-dire, pour l'essentiel lorsqu'il n'excède pas les seuils de 40 000 ou 100 000 euros pour les marchés de travaux, le risque de corruption est particulièrement intense. Sur ce point, un représentant d'opérateur économique s'insurge : « *le seuil covid de 100 000 euros est formidable pour les entreprises qui font n'importe quoi, mais il ne peut pas être bénéfique pour les entreprises vertueuses* »<sup>205</sup>. Une autorité contractante abonde en ce sens en précisant que sa cartographie des risques ne raisonne pas en termes de procédures, à une exception près, la procédure sans publicité ni mise en concurrence pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils, précisément parce qu'« *on enlève tout cadre* »<sup>206</sup>.

L'on en revient à l'idée-force qui ressort de cette enquête, à savoir que l'encadrement juridique et la transparence préviennent généralement efficacement du risque de corruption.

## II - Enquête quantitative

**59.** De la même manière que lors de l'enquête qualitative, quoique de manière plus fine, étaient interrogés les aspects temporel (A) et matériel (B).

**60. Données.** De la même manière que pour la précédente section, les questions étaient communes aux deux questionnaires et sont donc, là encore, présentées ensemble. Ici, il était précisé aux répondants que le terme de corruption était entendu au sens large, comme comprenant l'ensemble des infractions égrenées aux deux précédentes questions.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Selon vous, quelle forme contractuelle est la plus exposée au risque de corruption ? (plusieurs réponses possibles)	26 (dont 19 AC et 7 OE)	37 (dont 17 AC et 20 OE)	41,27 %
Selon vous, quelle(s) phase(s) du cycle d'un contrat public est-elle la plus exposée au risque de corruption ? (plusieurs réponses possibles)	29 (dont 21 AC et 8 OE)	34 (dont 15 AC et 19 OE)	46,03 %
Selon vous, quelle procédure est la plus exposée au risque de corruption ?	27 (dont 18 AC et 9 OE)	36 (dont 18 AC et 19 OE)	42,86 %

<sup>205</sup> OE 4.

<sup>206</sup> AC 2.

## A – Comparaison des étapes du cycle des contrats publics au regard du risque de corruption

**61. Le *sourcing* épingle.** Alors que les participants à l'enquête qualitative avaient été très nettement majoritaires pour dire que la phase de préparation du contrat présentait un faible risque de corruption, c'est à un résultat inverse qu'aboutit l'enquête quantitative. En effet, sur 29 répondants, 20 considèrent que la préparation du contrat est une étape particulièrement exposée. Bien entendu, il faut prendre en considération que plusieurs réponses pouvaient être apportées, mais il reste que c'est la proposition qui, largement, arrive en tête des suffrages avec 69 % des sondés.

Pour le détail, sur les 8 représentants d'opérateurs économiques ayant répondu, 6 ont mentionné cette étape, soit 75 % et sur les 21 répondants acheteurs publics, 14 l'ont choisie, soit 66,7 %. Si la possibilité était laissée aux participants de préciser leur pensée, aucun opérateur économique ne l'a saisie, mais trois représentants d'autorités contractantes ont précisé que dans cette phase de préparation du contrat, c'était bien le *sourcing* qui présentait le risque le plus intense. Deux d'entre eux affinent par ailleurs leur propos en affirmant que la « *relation directe avec les entreprises* » permise par le *sourcing* engendre un risque d'« *orientation du cahier des charges* », lequel peut être « *influencé par l'offre d'un prestataire* » entrevue à l'occasion du *sourcing*. Ces remarques additionnelles font opportunément écho à ce qu'avait affirmé le représentant d'un opérateur économique au stade de l'enquête qualitative, à savoir que ce n'est pas tant le *sourcing* en lui-même qui est risqué, mais bien ce qu'en fait l'acheteur.

Au reste, apparaît une fois de plus l'idée que le faible cadrage juridique du *sourcing* ne permet pas d'en sécuriser la pratique. Cela avait été déjà révélé lors de la seconde enquête de la Chaire s'agissant de la crainte des acheteurs publics d'utiliser le *sourcing*<sup>207</sup>, cela est confirmé ici, par le risque que présente cette pratique sur la question particulière de la corruption.

**62. La passation, un risque fort confirmé.** Globalement, l'idée selon laquelle la passation présente le risque brut le plus fort est confirmée par l'enquête quantitative. En effet, sur les 29 répondants, 13 l'ont mentionnée, soit 44,8 %. Ici, on note une proportion nettement plus forte de représentants d'autorités contractantes que de représentants d'opérateurs économiques à l'avoir choisie. Les premiers sont 11 sur 21 à l'avoir fait, soit 52,38 %, là où les seconds ne sont que 2 sur 8, soit 25 %. Ces données sont particulièrement délicates à interpréter, d'autant plus qu'instinctivement, on aurait pu penser que l'inverse aurait été révélé. Peut-être que, du point de vue des opérateurs économiques, la rigueur des règles de passation est davantage de nature à prévenir des risques de corruption que du point de vue des acheteurs publics. Mais sans élément supplémentaire, il serait hasardeux d'avancer catégoriquement une explication.

Les commentaires laissés par certains répondants permettent d'affiner les données et confirment à nouveau l'enquête qualitative. En effet, quatre représentants d'autorités

<sup>207</sup> Chaire DCP, *Les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics*, pp. 34 et 72.

contractantes et un représentant d'opérateur économique précisent que c'est la phase d'analyse des offres qui présente le plus haut niveau de risque. Selon l'un d'entre eux, acheteur public, il est toujours délicat d'« être certain de l'impartialité de l'analyse ». L'analyse selon laquelle cette étape est risquée puisque précisément, elle repose sur la bonne foi de l'acheteur qui y procède, se trouve ici validée.

**63. L'exécution, un risque faible confirmé.** Il s'agit de l'étape qui a recueilli le moins de suffrages : sur les 29 participants, seuls 9 ont choisi l'exécution comme phase présentant un risque de corruption, soit 31 %. Fait notable, aucun représentant d'opérateur économique n'a fait ce choix, ce qui signifie que ces 9 sont exclusivement des représentants d'autorités contractantes, lesquels sont donc 42,86 % à considérer l'exécution comme risquée.

Si l'on compare ces données aux résultats de l'enquête qualitative, l'on est saisi de la même circonspection : l'exécution n'est pas une étape où le risque de corruption est intuitif, mais son faible cadre apparaît propice au développement de pratiques corruptives. D'ailleurs, la précision apportée par un représentant d'autorité contractant semble pouvoir aller dans ce sens. Celui-ci, le seul à avoir précisé sa pensée en commentaire, égrène les différents risques : « *pénalités, validation du service fait, travaux supplémentaires...* ». C'est dire si, malgré un risque brut plus faible que s'agissant de la passation, le manque d'encadrement juridique de l'exécution permet à la corruption de s'immiscer dans de nombreux interstices.

## **B – Comparaison des formes contractuelles et procédures de passation au regard du risque de corruption**

### **1. Les formes contractuelles et techniques d'achat**

**64. Une indifférence globale de la forme contractuelle confirmée.** À la question de savoir quelles formes contractuelles ou techniques d'achat étaient les plus sujettes au risque de corruption, on observe que les résultats sont globalement partagés, exception faite des marchés de travaux sur lesquels il s'agira de revenir par la suite. Étant entendu que les 26 participants pouvaient opter pour plusieurs réponses, voici le détail des données récoltées :

- **Marchés publics de services** : 12 répondants sur 26, soit 46,15 %, dont 11 représentants d'autorités contractantes sur 19 (57,89 %) et 1 représentant d'opérateur économique sur 7 (14,29 %) ;
- **Marchés publics de fournitures courantes** : 7 répondants sur 26, soit 26,92 %, dont 5 représentants d'autorités contractantes sur 19 (26,32 %) et 2 représentants d'opérateurs économiques sur 7 (28,57 %) ;
- **Marchés publics de travaux** : 23 répondants sur 26, soit 88,46 %, dont 17 représentants d'autorités contractantes sur 19 (89,47 %) et 6 représentants d'opérateurs économiques sur 7 (85,71 %) ;
- **Marchés publics de maîtrise d'œuvre** : 8 répondants sur 26, soit 30,77 %, dont 7 représentants d'autorités contractantes sur 19 (36,84 %) et 1 représentant d'opérateur économique sur 7 (14,29 %) ;

- **Marchés de partenariat** : 5 répondants sur 26, soit 19,23 %, dont 4 représentants d'autorités contractantes sur 19 (21,05 %) et 1 représentant d'opérateur économique sur 7 (14,29 %) ;
- **Marchés globaux** : 6 répondants sur 26, soit 23,08 %, dont 4 représentants d'autorités contractantes sur 19 (21,05 %) et 2 représentants d'opérateurs économiques sur 7 (28,57 %) ;
- **Accords-cadres** : 4 répondants sur 26, soit 15,38 %, dont 4 représentants d'autorités contractantes sur 19 (21,05 %) et 0 représentant d'opérateur économique sur 7 (0 %) ;
- **Concessions de services** : 5 répondants sur 26, soit 19,23 %, dont 5 représentants d'autorités contractantes sur 19 (26,31 %) et 0 représentant d'opérateur économique sur 7 (0 %) ;
- **Concessions de travaux** : 4 répondants sur 26, soit 15,38 %, dont 3 représentants d'autorités contractantes sur 19 (15,79 %) et 1 représentant d'opérateur économique sur 7 (14,29 %) ;
- **Conventions d'occupation du domaine public** : 4 répondants sur 26, soit 15,38 %, dont 4 représentants d'autorités contractantes sur 19 (21,05 %) et 0 représentant d'opérateur économique sur 7 (0 %).

**65.** Les données ainsi récoltées ne semblent pas démontrer qu'une forme contractuelle serait plus exposée au risque de corruption qu'une autre, ce qui confirme les résultats de l'enquête qualitative. L'on note cependant de plus grands taux de réponse s'agissant des marchés publics, mais il est bien possible que ce soit là un effet de leur plus fréquente utilisation par rapport aux concessions. Enfin, si les marchés publics de travaux se trouvent largement en tête de ce sondage, cela est sans doute davantage lié à une question de secteur d'activité que de forme contractuelle à proprement parler.

**66. Des secteurs économiques pointés du doigt.** Contrairement à ce qui avait pu être mis en lumière par l'enquête qualitative, il semble que le secteur des travaux publics pâtisse encore d'une image dégradée, ainsi qu'en témoignent les 89,47 % de représentants d'autorités contractantes et 85,71 % de représentants d'opérateurs économiques qui estiment que les marchés de travaux sont particulièrement exposés au risque corruption. Mais il faut toutefois noter que les marchés de partenariat, les marchés globaux et les concessions de travaux ne recueillent pas des suffrages similaires. Peut-être l'explication se trouve-t-elle dans le fait qu'il s'agisse de contrats complexes, de montants significatifs et pour lesquels la procédure est plus cadrée, comme la vigilance accrue. Le risque de corruption serait donc plus intense s'agissant des marchés de travaux moins complexes et de moindre valeur, bien que là encore, les données récoltées ne permettent pas de l'affirmer avec certitude.

D'autres secteurs d'activité sont évoqués par les quelques participants ayant souhaité apporter des précisions à leurs réponses. Il s'agit des prestations intellectuelles (3 réponses parmi les représentants d'autorités contractantes) et de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage (2 réponses parmi les représentants d'autorités contractantes). Cinq autres participants préfèrent évoquer les contrats de faible montant comme davantage sujets à corruption, mais il s'agit ici

davantage d'une question de procédure de passation que de forme contractuelle ou de secteur d'activité.

## 2. Les procédures de passation

**67.** En ce qui concerne les procédures, à l'exception d'un répondant qui considère que « *la procédure de passation n'est pas un critère de risque* », les résultats de l'enquête qualitative se trouvent confirmés, comme le démontrent les données récoltées, qui seront analysées ci-après. Les 27 participants à cette question devaient choisir une seule procédure parmi celles proposées qui, selon eux, était celle qui présentait le plus fort risque de développement de pratiques corruptives :

- **L'appel d'offres** : 6 répondants sur 27, soit 22,22 %, dont 4 représentants d'opérateurs économiques sur 9 (44,44 %) et 2 représentants d'autorités contractantes sur 18 (11,11 %);
- **Les procédures avec négociation** : 4 répondants sur 27, soit 14,81 %, dont 2 représentants d'opérateurs économiques sur 9 (22,22 %) et 2 représentants d'autorités contractantes sur 18 (11,11 %);
- **Le dialogue compétitif** : 0 répondant, soit 0 %;
- **La procédure sans publicité ni mise en concurrence** : 17 répondants sur 27, soit 62,96 %, dont 3 représentants d'opérateurs économiques sur 9 (33,33 %) et 14 représentants d'autorités contractantes sur 18 (77,78 %).

**68. Les procédures avec négociation moins exposées si suffisamment encadrées.** On remarque ici que l'appel d'offres est davantage convoqué que les procédures avec négociation, bien que l'écart entre les deux ne soit pas significatif. Mais les commentaires laissés par certains participants tendent à confirmer ce qui avait été constaté au stade de l'enquête qualitative, à savoir que l'appel d'offres, du fait de l'absence d'interactions entre l'autorité contractante et les différents opérateurs économiques ayant soumissionné, présente un risque. Ceci est, plus particulièrement, attesté par deux commentaires. Selon le premier, laissé par un représentant d'opérateur économique l'appel d'offres présente un risque d'« *entente* », là où le second, rédigé par un représentant d'autorité contractante, affirme que « *le manque de possibilité de s'entretenir avec les candidats peut entraîner un comportement déviant* ». L'on retrouve donc l'idée que la négociation, parce qu'elle génère des interactions, fait naturellement intervenir une pluralité d'acteurs dans la procédure, ce qui mécaniquement rend la conclusion d'un pacte de corruption moins aisée.

Toutefois, deux autres commentaires, rendus là encore par un représentant d'une autorité contractante et un représentant d'un opérateur économique, confirment que la négociation n'est un moyen de limiter le risque de corruption qu'à la condition que celle-ci soit convenablement conduite, notamment par l'utilisation de la collégialité. Ces deux personnes évoquent ainsi les MAPA comme potentiellement plus risqués, étant entendu que « *l'aptitude de négociation du maître d'ouvrage est moins cadrée et moins facile à vérifier* », le « *cadre plus souple de la procédure* » accroissant le risque. Ceci revient à nouveau à dire que l'encadrement

juridique de la négociation, par le recours à la collégialité et une certaine transparence de la procédure sont de nature à nettement diminuer le risque de corruption.

**69. La confirmation d'un risque fort pesant sur la procédure sans publicité ni mise en concurrence.** Dans la droite ligne des enseignements tirés de l'enquête qualitative, la procédure sans publicité ni mise en concurrence est largement désignée comme la plus susceptible de cacher des pratiques corruptives, par 62,96 % des répondants. Un représentant d'opérateur économique précise sa pensée en affirmant que « *cette procédure n'est pas encadrée d'un point de vue juridique, elle donne la possibilité au maître d'ouvrage de faire preuve d'un manque de discernement dans le choix de l'entreprise attributaire* ». Un représentant d'une autorité contractante dresse par ailleurs une ébauche de risques spécifiques : « *saucissonnage du marché, risque accru de conclure avec l'opérateur de son choix avec qui l'acheteur/le décideur peut avoir un lien...* », tandis qu'un autre se veut plus définitif : « *trop de liberté tue la liberté* ».

Ainsi, à une très forte majorité, l'analyse massivement développée par les participants à l'enquête qualitative se trouve ici confirmée. Bien que ce soient d'autres motifs qui aient guidé son édicition, on peut être perplexe, si l'on considère le risque de corruption, face à la pérennisation de la possibilité offerte aux acheteurs de passer sans publicité ni mise en concurrence des marchés de travaux, fournitures ou services innovants d'un montant inférieur à 100 000 € HT, actée par le décret du 13 décembre 2021.

## Partie II

# Les mesures de prévention de la corruption issues de la loi Sapin 2

**70. Vers la confluence.** Ainsi que cela a déjà été évoqué en introduction, la loi Sapin 2 introduit un régime différencié selon que l'organisation concernée est une personne publique ou une société privée. Pour rappel, les grandes entreprises se trouvent soumises à l'article 17 de la loi, lequel oblige celles employant plus de 500 salariés ou réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros à se doter des huit mesures de prévention de la corruption expressément mentionnées dans le texte. L'obligation concerne également les filiales appartenant à un groupe dont la société mère répond à ces critères. En revanche, les personnes publiques doivent mettre en place, selon l'article 3, 3° de la loi, un dispositif de prévention de la corruption, mais sans précision quant à sa teneur.

Une telle distinction était justifiée à plusieurs égards. D'abord, il y avait la volonté de mettre les entreprises françaises au diapason de certaines entreprises étrangères, notamment américaines, en matière de conformité, ceci afin de leur garantir une crédibilité renforcée dans le jeu du commerce international. À l'évidence, un tel objectif ne concerne pas les collectivités publiques. Ensuite, était à l'œuvre une certaine volonté de « rééquilibrer les choses »<sup>208</sup> en termes de contrôles, puisque les collectivités étaient déjà soumises à une pluralité de contrôles externes pouvant faire émerger des cas de manquement au devoir de probité (préfectures, CRC), là où les entreprises ne l'étaient pas. Il faut également souligner qu'en matière de prévention de la corruption, après les avancées notables des années 1990, la France avait pris un certain retard<sup>209</sup> et qu'une transformation de paradigme aussi importante, s'agissant des personnes publiques, ne pouvait être que progressive.

C'est ainsi que, si les recommandations de l'AFA concernant les personnes publiques ont, dans un premier temps, été assez succinctes<sup>210</sup>, elles se sont largement renforcées si bien que l'on assiste à un net rapprochement<sup>211</sup>. Pour autant, ainsi que le souligne le rapport Gauvain/Marleix, la part des collectivités territoriales s'étant dotée d'un référentiel anticorruption est réduite à portion congrue<sup>212</sup>, ce qui s'explique sans doute par le fait que les recommandations de l'AFA soient de droit souple et par ailleurs assez méconnues des agents

<sup>208</sup> MS.

<sup>209</sup> C. CUTAJAR, « La France et la lutte contre les atteintes à la probité. Peut (beaucoup) mieux faire ! », *JCP G*, 2014, n°8, 223.

<sup>210</sup> [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/2017\\_-\\_Recommandations\\_AFA.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/2017_-_Recommandations_AFA.pdf)

<sup>211</sup> <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Recommandations%20AFA.pdf>

<sup>212</sup> R. GAUVAIN et O. MARLEIX, *Rapport de la mission d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 »*, Assemblée nationale.

territoriaux. Ceci est d'ailleurs attesté par un conseil que l'on a interrogé selon qui « *au-delà des effets de façade, il y a une méconnaissance flagrante des mécanismes* »<sup>213</sup> de la part des acteurs publics. D'où la proposition de loi Gauvain<sup>214</sup> qui entend soumettre les personnes publiques aux mêmes obligations que les entreprises, à la charge du pouvoir réglementaire de les adapter en fonction des catégories de collectivités territoriales : il est proprement inenvisageable – et inefficace –, au plan organisationnel, de soumettre une petite commune à l'obligation de mise en place d'un référentiel lourd.

**71. Objet de la partie.** L'enquête ici diligentée avait ainsi pour objectif non seulement de mesurer le degré de diffusion des mesures de la loi Sapin 2 dans les structures, opérateurs économiques et autorités contractantes, mais également d'entrevoir les difficultés dans la mise en place de ces mesures. Il s'est également agi d'essayer de discerner les bonnes pratiques, tant il apparaît, malgré les recommandations de l'AFA qui sont censées fixer un cadre commun, que la mise en œuvre de ces mesures est assez hétérogène. Naturellement, l'accent a été mis sur le lien entre ces mesures et les contrats publics, ce qui a fait ressortir un certain nombre de tensions, la plus évidente concernant la question de l'évaluation des tiers.

**72. Plan.** Du fait de la différence de régime entre personnes publiques et sociétés privées, il sera traité dans un premier temps des autorités contractantes (**Section I**) et dans un second temps des opérateurs économiques (**Section II**).

---

<sup>213</sup> CONS 2.

<sup>214</sup> [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b4586\\_proposition-loi](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b4586_proposition-loi)

## Section I

# Les mesures de prévention de la corruption mises en œuvre par les autorités contractantes

### Résumé d'étape n°1

La mise en place des mesures de prévention de la corruption décrites à l'article 17 de la loi Sapin et 2 et détaillées par les recommandations de l'Agence française anticorruption s'agissant des autorités contractantes est à géométrie variable, ce qui peut s'expliquer par plusieurs facteurs. Un facteur juridique d'abord : certaines autorités contractantes sont soumises aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2, là où d'autres ne le sont pas. Par ailleurs, un facteur structurel évident se dégage : parmi les autorités contractantes soumises à l'article 3, 3° de la loi, l'on retrouve des personnes publiques aux tailles profondément variables, ce qui induit que la faculté d'appropriation de la logique de conformité est proportionnelle à la taille de l'entité. Enfin, le facteur volontariste ne doit pas être négligé puisque les enquêtes ont démontré qu'à catégorie et taille équivalente, les autorités contractantes n'étaient pas nécessairement au même stade d'avancement. Ce facteur volontariste peut, à son tour, s'expliquer par une pluralité de sous-facteurs, tels que la volonté politique ou encore l'histoire de l'entité au regard de la corruption. Ceci aboutit à une réalité étonnamment complexe que les enquêtes ne saisissent que partiellement. En effet, il semble bien qu'un biais se soit glissé dans celles-ci du fait que les praticiens interrogés appartiennent soit à des autorités contractantes soumises aux dispositions de l'article 17 soit à de grandes structures. À titre d'exemple, seuls 8 juristes de communes ont répondu à l'enquête quantitative, tous appartenant à une collectivité employant plus de 500 agents. Dès lors, la réalité des plus petites entités n'a pas pu être sondée. Ceci explique que 41 % des personnes sondées affirment que leur structure a mis en place un dispositif anticorruption, un chiffre qui apparaît nettement surévalué.

Au-delà de cette considération importante, une profonde hétérogénéité des situations a pu être constatée, non seulement en termes de degré d'avancement des entités sur la mise en place des mesures, mais encore sur la teneur même des mesures. S'il convient de renvoyer aux résumés intermédiaires pour le détail de chacune des mesures, il faut toutefois noter que certaines d'entre elles semblent cristalliser les difficultés. En particulier, l'engagement de l'instance dirigeante, s'agissant des collectivités territoriales, est tributaire de la volonté politique des élus. Le dispositif d'alerte est parfois mal appréhendé du fait de la superposition d'autres dispositifs semblables. La cartographie des risques est un exercice particulièrement délicat à conduire puisqu'il suppose la mobilisation de l'ensemble des directions et services de l'entité : ici, la difficulté est proportionnelle à la taille et aux compétences de la collectivité considérée. La formation n'emprunte pas les canaux habituels de la formation continue des agents publics, puisqu'elle est nécessairement adaptée aux réalités de l'entité considérée, ce qui soulève d'importantes difficultés. Enfin, l'évaluation des tiers, s'agissant des contrats

publics, est souvent considérée comme peu effective du fait de l'encadrement des motifs d'exclusion des candidats et les praticiens doutent de sa réelle pertinence.

**73. Des lettres et des chiffres.** La doctrine a bien noté le rapprochement des exigences pesant sur les personnes publiques vers celles de l'article 17 de la loi Sapin 2, si bien qu'elle s'accorde à dire qu'aujourd'hui, « *nul n'est censé ignorer la compliance* »<sup>215</sup>. L'AFA réalise, à cet égard, un important travail de fond – dans la mesure de ses moyens – pour accompagner les collectivités publiques et les agents en charge de les mettre en place<sup>216</sup> dans l'appropriation de ces mécanismes<sup>217</sup> et les nouvelles recommandations générales ont nettement clarifié les choses<sup>218</sup>. Cependant, cette clarification, affirmée par la doctrine, ne peut-elle pas être considérée, du point de vue des collectivités territoriales, comme une complexification nuisant à la clarté ? Certes, les nouvelles recommandations tiennent compte, dans leur introduction, de la diversité des structures publiques et précisent que « *les acteurs publics sont invités à mettre en œuvre les recommandations d'une façon proportionnée à leur profil de risques* »<sup>219</sup>, mais il reste que le détail de ces recommandations reste à la fois lourd et général, ne comportant pas d'outils opérationnels modulés en fonction des tailles ou catégories de structures publiques, seulement quelques exemples en annexes. Ceci peut sans doute expliquer la faible proportion de collectivités territoriales s'étant dotées de telles mesures et la grande hétérogénéité que l'on peut observer dans l'état d'avancement des diverses autorités contractantes que l'on a pu interroger. Il convient néanmoins d'apporter une nuance, car cette hétérogénéité trouve au moins deux autres sources d'explication : d'une part, la taille de la structure considérée et donc ses moyens, qui lui permettent plus ou moins de se saisir des recommandations de l'AFA – en particulier, la publicité de celles-ci emprunte une autre voie que le canal classique de la circulaire ou de la note de service adressée à l'ensemble des collectivités –, d'autre part, la nature de la structure, car il faut bien rappeler que certaines autorités contractantes sont soumises aux obligations de l'article 17 de la loi Sapin 2, les EPIC et sociétés à capitaux publics qui excèdent les seuils.

Au-delà de ces considérations, la commande publique pourrait être un point d'entrée pertinent pour diffuser plus largement ces mesures. L'AFA semble bien l'avoir compris avec la publication, en collaboration avec la Direction des achats de l'État (DAE), du guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*<sup>220</sup>, un « *mode d'emploi* »<sup>221</sup> au sens fort du terme, bien plus opérationnel que les recommandations générales et dont les acheteurs publics peuvent plus facilement se saisir<sup>222</sup>.

<sup>215</sup> C. COLLARD, « Nul n'est censé ignorer la *compliance* : les collectivités territoriales et la conformité », *AJCT*, 2018, p. 482.

<sup>216</sup> A.-E. ROUSSEAU, « *Compliance* et juriste de collectivité territoriale : une évolution des missions ? », *AJCT*, 2018, p. 501.

<sup>217</sup> S. JARRY, « Le rôle de l'agence française anticorruption dans l'appropriation de la conformité anticorruption des collectivités territoriales », *AJCT*, 2018, p. 485.

<sup>218</sup> A. HAZIZA, A. LEPRINCE et L. CHIFFLET, « Recommandations de l'AFA : une clarification bienvenue pour les acteurs publics », *RICEA*, 2021, n°2, comm. 88.

<sup>219</sup> *Recommandations de l'AFA 2021, op. cit.*, p. 48.

<sup>220</sup> [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dae/doc/Guide\\_maitrise\\_risque\\_corruption.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/Guide_maitrise_risque_corruption.pdf)

<sup>221</sup> F. JOURDAN, « La prévention de la corruption dans les marchés publics a son mode d'emploi », *JCPA*, 2020, art. 425.

<sup>222</sup> V. P. VILLENEUVE et W. FEUGERE, « De l'impératif de prévention à la nécessaire compliance en matière d'achats publics », *AJCT*, 2020, p. 514 ; B. GRAULLE et A. DAMOUR, « Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public », *CDE*, 2021, n°1, dossier 3 ; F. LINDITCH, « Nouveau guide de l'achat public : maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat »,



Afin de vérifier cette acculturation des autorités contractantes aux mesures anticorruption de la loi Sapin 2, une question générale était posée aux autorités contractantes, dans les enquêtes qualitatives et quantitatives, portant sur le fait de savoir si un dispositif anticorruption avait été mis en place.

- **Enquête qualitative** : avant de dévoiler les résultats de l'enquête sur ce point, il est important de préciser que l'enquête qualitative, par entretiens semi-directifs, comporte un biais qui ne permet pas de tirer de conclusions sur la proportion d'acteurs publics ayant mis en place un dispositif anticorruption. En effet, les 11 personnes interviewées représentaient des structures publiques d'une taille ou d'une expertise conséquente ; ainsi, nous avons pu interroger des représentants de collectivités territoriales, d'établissements publics de coopération intercommunale, de services de l'État, d'établissements publics à caractère industriel et commercial et de sociétés à capitaux publics, aucun agent communal n'a été interviewé, si bien que notre panel n'est pas représentatif de la diversité des structures publiques, en particulier des collectivités territoriales. Toutefois, les indications qui ont été apportées sur les freins ou les difficultés dans la mise en œuvre de ces mesures demeurent pertinentes. Ainsi, sur les 11 autorités contractantes sondées, 7 ont mis en place un dispositif anticorruption, 1 est en train de le faire et 3 n'en sont pas dotés. Il est intéressant de noter que sur ces 3 dernières, l'on ne retrouve pas seulement des collectivités territoriales, mais également un service de l'État. Les causes rapportées sont multiples. Ainsi, une personne interrogée nous précise que « *c'est essentiellement dans le respect de la procédure que l'on prévient de la corruption* »<sup>223</sup>, suggérant ainsi que les mesures de la loi Sapin 2 apparaissent comme surabondantes, ce qui semble être approuvé par une autre personne, qui doute de la pertinence de ces mesures, clamant avec ironie « *on connaît les vertus de l'autocontrôle...* »<sup>224</sup>. Cette même personne fait par ailleurs état d'un net manque de moyens dans « *un contexte dégradé sur le personnel* ». Ce sujet, précise-t-elle « *vient s'accumuler sur des contraintes de plus en plus nombreuses* » qui pèsent sur les agents publics à qui l'on demande de faire plus avec moins de moyens, ce qui génère un sentiment de mal exécuter les tâches de son cœur de métier, en l'occurrence l'achat public. Il convient par ailleurs d'ajouter à cela la crise sanitaire et l'une de ses conséquences : la mise en place d'un dispositif de conformité « *n'est plus la priorité pour les élus* »<sup>225</sup>. En somme, et c'est ce qui ressort des autres interviews, la mise en place d'un dispositif anticorruption peut s'expliquer par deux facteurs essentiels. Le premier est juridique, c'est la soumission de certaines autorités contractantes à l'article 17. Le second est bien plus aléatoire, il s'agit d'un facteur proprement humain : la volonté politique de mettre en place un tel dispositif, laquelle peut découler soit d'une sensibilisation en amont de l'instance dirigeante, soit d'une expérience antérieure pour la structure, qui peut avoir été un contrôle de l'AFA ou, d'une affaire de corruption. Mais

<sup>223</sup> AC 1.

<sup>224</sup> AC 6.

<sup>225</sup> AC 1.

en tout état de cause, même avec une telle volonté politique, la mise en place d'un dispositif anticorruption suppose des moyens conséquents et une expertise importante. Comme le note une personne interrogée, cela suppose de « *faire évoluer les structures et les organisations* » en profondeur, avec le risque sous-jacent de faire de la « *conformité de surface* »<sup>226</sup>, en apparence conforme aux exigences, mais non opérationnelle.

- **Enquête quantitative** : afin d'évaluer la mise en œuvre de dispositifs anticorruption au sein des autorités contractantes, il était demandé aux participants au sondage s'ils avaient mis en place un tel dispositif. Néanmoins, afin de prendre en compte le biais de la soumission de la structure aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2, il leur était également demandé s'ils y étaient assujettis. Sur un panel de 22 répondants, 5 sont soumis aux obligations de l'article 17 de la loi Sapin 2 et les ont donc appliquées en mettant en place des huit mesures. Sur les 17 participants soumis au régime de l'article 3, 3° de la loi, 7 ont déployé un dispositif anticorruption, soit 41,18 %, un chiffre qui semble particulièrement élevé si on le compare avec celui de 3,2 % de collectivités territoriales l'ayant fait, avancé par le rapport Gauvain/Marleix<sup>227</sup>. Sur cette question, la dernière enquête de l'AFA sur la prévention de la corruption dans le secteur public local, publiée en 2022, est davantage précise. Elle obtient les chiffres de 9,6 % pour les communes, 25,5 % pour les EPCI, 80 % pour les départements et 51,9 % pour les entreprises publiques locales<sup>228</sup>. En tout état de cause, de telles données alors que l'on sait, notamment du fait des données publiées par l'Observatoire de la société mutuelle d'assurance des collectivités locales que « *les manquements au devoir de probité constituent la première cause de poursuites pénales engagées contre les élus et les fonctionnaires locaux* »<sup>229</sup>. Par ailleurs, les données ici récoltées sont à relativiser, d'une part du fait de la faible participation au sondage, d'autre part du fait, hautement probable que certaines personnes appartenant à une structure n'ayant pas mis en place de dispositif anticorruption n'aient pas répondu à cette question. Pour le détail, sur les 7 autorités contractantes non assujetties à l'article 17 de la loi Sapin 2, mais ayant malgré tout mis en place un dispositif, l'on retrouve une commune, une administration territoriale de l'État, un EPIC de l'État ne dépassant pas les seuils de l'article 17, un EPCI, une région et deux EPA de l'État.

**74. Plan.** Afin de mesurer la diffusion et les difficultés rencontrées par les praticiens dans la mise en œuvre des mesures, celles-ci seront analysées successivement. Chaque paragraphe fera état des résultats de l'enquête qualitative, puis de l'enquête quantitative pour plus de clarté :

<sup>226</sup> AC 2.

<sup>227</sup> R. GAUVAIN et O. MARLEIX, *Rapport de la mission d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 »*, Assemblée nationale.

<sup>228</sup> AFA, *Prévention et détection des atteintes à la probité dans le secteur public local*, 2022, <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Enquête%20AFA%202022%20sur%20le%20secteur%20public%20local.pdf> p. 9 et s.

<sup>229</sup> B. KOEBEL, « Prévention, détection et répression des atteintes à la probité », *CMP*, 2020, n°8-9, comm. 247.

- Engagement de l'instance dirigeante (I) ;
- Cartographie des risques (II) ;
- Code de conduite (III) ;
- Formation (IV) ;
- Évaluation des tiers (V) ;
- Dispositif d'alerte interne (VI) ;
- Procédures comptables (VII) ;
- Contrôle et évaluation de l'ensemble du dispositif (VIII) ;
- Régime disciplinaire (IX).

## I - L'engagement de l'instance dirigeante

### **Résumé intermédiaire n°1**

*L'enquête qualitative révèle une profonde hétérogénéité dans l'engagement des instances dirigeantes des acteurs publics, hétérogénéité qui peut aller de l'engagement total à l'absence d'engagement. Cet engagement se révèle, en pratique, par des changements organisationnels d'une part et par une communication idoine d'autre part.*

*Ces constats sont globalement confirmés par l'enquête quantitative, qui semble révéler que l'engagement de l'instance dirigeante n'est pas perçu comme un élément essentiel du dispositif, en témoigne le fait que certains sondés affirmant avoir mis en place un dispositif anticorruption disent par ailleurs ne pas constater de réel engagement de l'instance dirigeante et le constat d'un engagement variable au plan matériel et quant à son intensité.*

**75.** « Premier pilier »<sup>230</sup>. L'engagement de l'instance dirigeante n'est pas expressément prévu à l'article 17 de la loi Sapin 2, mais il apparaît comme une exigence fondamentale soutenant la totalité de l'édifice. Selon l'AFA, « *il incombe [...] à l'instance dirigeante de veiller à ce que ces dispositions soient connues des personnes concernées et réellement mises en œuvre* »<sup>231</sup>. Dans une structure publique, l'instance dirigeante comprend tout à la fois l'instance exécutive élue ou nommée (ministre, maire ou président de conseil régional ou départemental...) et les agents de direction, à qui il incombe principalement :

- De définir la stratégie de gestion des risques ;
- De s'assurer de la mise en œuvre et de l'efficacité du dispositif anticorruption ;
- De s'assurer du respect des mesures de prévention et de détection des atteintes à la probité ;
- De veiller, au moyen des rapports de contrôle et d'audit, à la mise à jour du dispositif ;
- D'intégrer les mesures à toutes les procédures et politiques publiques ;
- De prendre les sanctions adéquates dans le respect des normes en vigueur ;
- De veiller à ce que le dispositif lui soit applicable ;
- De veiller à ce que les entités contrôlées soient aussi dotées d'un dispositif anticorruption ;
- De promouvoir la prévention de la corruption auprès de ses équipes, notamment via une politique de communication interne et externe adaptée<sup>232</sup>.

**76.** Ce premier pilier apparaît ainsi comme assez diffus, précisément parce qu'il relève d'une évidence assez nébuleuse. Il est naturellement indispensable que l'instance dirigeante s'engage pour que le dispositif anticorruption puisse être efficacement déployé. Toutefois, s'assurer du bon respect de la législation et de la réglementation en vigueur n'est-il pas l'apanage de tout élu ou de tout chef de service ? Pourquoi donc mettre cette exigence élémentaire de bonne administration au frontispice du dispositif anticorruption ? La réponse

<sup>230</sup> *Recommandations de l'AFA 2021, op. cit., p. 48.*

<sup>231</sup> *Ibid., p. 49.*

<sup>232</sup> *Ibid., pp. 49-51.*

réside sans doute dans la dynamique inhérente à la corruption elle-même. Sa permanence historique montre qu'il est illusoire de prétendre un jour l'éradiquer complètement, qu'elle peut s'assoupir un temps, puis revenir en force. C'est donc, vraisemblablement, une toute autre signification qu'a, ici, l'engagement de l'équipe dirigeante. Il ne s'agit pas seulement, comme cela ressort des recommandations de l'AFA, de s'assurer de la bonne marche du dispositif. Encore faut-il que l'instance dirigeante témoigne, d'une part, d'une profonde exemplarité en la matière et maintienne, d'autre part et de manière permanente, un discours anticorruption à forte résonance à destination de ses agents et du public.

### A – Enquête qualitative

**77.** Globalement, les participants à l'enquête qualitative n'ont fourni que peu de données exploitables en ce qui concerne l'engagement de l'instance dirigeante. Néanmoins, on constate que, lorsqu'il est discernable, cet engagement prend deux formes.

**78. Un engagement organisationnel.** Il s'agit là de l'élément concret premier qui matérialise l'engagement de l'instance dirigeante : la mise en place d'une structure dédiée à la conformité dans la collectivité ou le service, laquelle doit être placée « *au plus haut niveau de l'organisation* »<sup>233</sup>. Même si l'on considère les personnes ayant affirmé que les mesures de prévention de la corruption n'avaient pas été mises en place ou sont en train de l'être, celles-ci affirment toutefois qu'une organisation a été créée à cette fin. À l'évidence, cette organisation prend autant de formes qu'il existe de collectivités. Cela peut être une « *mission audit* »<sup>234</sup>, pourvue de peu d'effectifs, ou une « *direction de l'audit et des risques* »<sup>235</sup>, plus conséquente mais aux tâches non moins variées.

Il reste que cet engagement organisationnel, qui suppose la mise en œuvre de moyens importants, apparaît décisif dans la mise en place du dispositif anticorruption et il n'est pas étonnant de constater que les structures qui sont les plus en avance sont celles qui se sont dotées des organisations les plus abouties. C'est ainsi que certaines personnes interviewées précisent que leur structure est dotée d'une direction lourde spécifiquement dédiée à la conformité et aux risques<sup>236</sup> ou un « *comité des risques* »<sup>237</sup>. Une autre détaille des moyens plus importants encore : recrutement d'agents spécialisés issus du privé, mise en place d'une direction déontologie chapeautée par le DGS et le DGA, d'un comité de pilotage composé de plusieurs membres de l'équipe exécutive, d'un groupe de travail d'élus de la majorité et de l'opposition et enfin d'un comité de déontologie et d'éthique composé de personnalités extérieures<sup>238</sup>.

---

<sup>233</sup> AFA/DAE, *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*, op. cit., p. 27.

<sup>234</sup> AC 1.

<sup>235</sup> AC 6.

<sup>236</sup> AC 3 ; AC 4 ; AC 10.

<sup>237</sup> AC 4.

<sup>238</sup> AC 8.

En somme, on constate une profonde diversité en la matière et il y aurait sans doute ici une réflexion à conduire en vue de l'établissement de recommandations organisationnelles appropriées à chaque catégorie ou taille d'acteur public.

**79. Un engagement communicationnel.** L'engagement de l'équipe dirigeante doit se poursuivre en termes communicationnels, en interne, notamment en affirmant une politique de tolérance zéro, et au plan externe. Il s'agit ni plus ni moins d'affirmer sans la moindre ambiguïté la volonté de combattre la corruption : un engagement « *clair et sans équivoque* »<sup>239</sup>. Or, à ce niveau-là, on constate encore une profonde hétérogénéité des pratiques. Certains interviewés affirment qu'ils ont vaguement entendu parler de la loi Sapin 2, ce qui témoigne implicitement d'une profonde lacune dans cet engagement. L'un d'eux témoigne : « *je connais ces mesures du fait de connaissances, mais rien n'a été organisé par rapport à cela dans mon service. Il y a eu des campagnes de faites à la fin des années 1990, mais depuis, plus rien* »<sup>240</sup>. Deux autres abondent dans la même direction : « *aujourd'hui, à la direction des achats, on n'est pas informés de cette démarche* »<sup>241</sup> ; « *on ne nous en a pas parlé* »<sup>242</sup>.

Pour d'autres, en revanche, cet engagement est nettement perceptible, avec un « *réel portage politique et administratif* »<sup>243</sup> ou « *un engagement total et sans ambiguïté* »<sup>244</sup>. Par ailleurs, l'engagement des élus peut trouver un relai dans les directions administratives, celles-ci permettant alors de le diffuser et d'en assurer la traduction concrète dans les services<sup>245</sup>. Cet engagement est naturellement protéiforme et certaines personnes interviewées nous rapportent des exemples : demande de conseils à l'AFA par l'équipe dirigeante<sup>246</sup> ou signature du *Global compact*<sup>247</sup> dont le dixième pilier est précisément la lutte contre la corruption. Bien entendu, tous les moyens sont admis et la bonne mesure d'un engagement communicationnel pertinent consiste à sonder les agents. En cela, l'enquête qualitative a bien révélé une profonde disparité.

## B – Enquête quantitative

**80. Données.** Trois questions étaient ici posées, mais les deux dernières étaient conditionnées à une réponse positive à la première, ce qui explique une baisse des taux de réponse.

<sup>239</sup> AFA/DAE, *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*, op. cit., p. 26.

<sup>240</sup> AC 5.

<sup>241</sup> AC 6.

<sup>242</sup> AC 1.

<sup>243</sup> AC 8.

<sup>244</sup> AC 10.

<sup>245</sup> AC 7.

<sup>246</sup> AC 2 ; AC 10.

<sup>247</sup> AC 9, v. <https://www.globalcompact-france.org>

QUESTIONS	REponses EXPLOITABLES	ABSENCES DE REponse (dont « sans avis »)	TAUX DE REponses EXPLOITABLES
Constatez-vous un engagement de l'équipe dirigeante en matière de prévention de la corruption dans votre structure (par exemple discours, prises de position, investissement des dirigeants dans la mise en place des mesures, participation des dirigeants aux formations...) ?	18	18	50 %
Si oui à la première question. Cet engagement provient-il davantage des élus, des directeurs administratifs ou des deux ?	9	27	25 %
Si oui à la première question. Comment se matérialise cet engagement ?	8	28	22,22 %

**81. Un engagement à géométrie variable.** Sur les 18 répondants à la première question, 9 affirment constater un réel engagement de l'instance dirigeante dans la lutte contre la corruption, ce qui représente une moyenne de 50 % des sondés. Mais ce résultat peut sembler étonnant si on le compare aux 12 participants qui affirmaient que leur structure avait mis en place un dispositif anticorruption. Il est possible que le fait que l'engagement de l'instance dirigeante, parce qu'il n'est pas expressément mentionné par l'article 17 de la loi Sapin 2 comme l'une des huit mesures, soit parfois regardé comme non essentiel et ce, malgré les recommandations de l'AFA qui le présentent comme le premier pilier.

Sur la question de l'impulsion de l'engagement, une donnée intéressante quoique toujours relative est à souligner. Sur les 9 sondés, 6 affirment que cet engagement provient davantage des directeurs administratifs que des élus et 3 qu'il provient indifféremment des deux. Aucun sondé ne dit que cet engagement provient essentiellement des élus.

**82. Une matérialisation hétérogène.** La dernière question était ouverte, elle permettait aux participants de s'exprimer librement pour faire part de leurs expériences. On constate alors une grande hétérogénéité dans les manifestations de l'engagement de l'instance dirigeante. Du reste, les réponses récoltées témoignent de difficultés de compréhensions des praticiens quant à la teneur de l'engagement de l'instance dirigeante, certains répondants l'estimant effectif du simple fait de l'adoption par la structure d'autres mesures. Ainsi, sur 8 répondants, 1 précise que cet engagement se matérialise par l'édiction d'un code de conduite, 1 par la mise en place d'une « *matrice des risques* » et 1 dernier par la formation. 1 autre répondant précise que cet engagement se traduit par un « *contrôle lors de l'attribution* », ce qui semble davantage tenir du respect des règles de la commande publique que d'une réelle politique de conformité. Ces seuls éléments sont, en eux-mêmes, insuffisants à assurer un engagement réel de l'instance dirigeante, qui, pour rappel, se caractérise avant tout par des

moyens dédiés et visibles au plan organisationnel et une communication interne et externe pertinente.

Sur les 4 autres répondants, 1 seul fait état d'un engagement organisationnel visible, avec la mise en place d'un « *comité anti-fraude* », les 3 autres affirmant que l'engagement se traduit au plan communicationnel, par des « *discours* », une « *sensibilisation des collaborateurs par la direction* », des « *rappels déontologiques* » réguliers ou encore des « *réunions* ». Cette grande variabilité dans la matérialisation de l'instance dirigeante doit être interrogée et sur ce plan, il semble que les recommandations de l'AFA gagneraient à être davantage précises, tant ce premier pilier est fondamental pour la diffusion d'une culture de la conformité dans la structure.

## II - La cartographie des risques

### Résumé intermédiaire n°2

Mesure à la fois fondamentale, puisque toutes les autres mesures sont censées être construites au regard d'elle, la cartographie des risques est aussi le pilier le plus complexe à mettre en œuvre puisqu'elle suppose non seulement une expertise très raffinée, mais encore la mobilisation de moyens humains conséquents. Outre ces difficultés opérationnelles largement rapportées par les participants aux deux enquêtes, l'enquête quantitative a mis en lumière un certain paradoxe, à savoir que seulement la moitié des personnes ayant affirmé, dans le questionnaire en ligne, que leur structure avait mis en place un dispositif, précisent par ailleurs qu'une cartographie des risques a été élaborée. Comme si, à rebours des recommandations de l'AFA, certaines autorités contractantes élaboraient en premier les mesures les plus simples à mettre en place, comme le code de conduite, renversant ainsi la mécanique de la construction du dispositif.

**83. Deuxième pilier.** Bien que non « définie par le droit », la cartographie des risques est au « centre du droit de la compliance »<sup>248</sup> et il n'est pas étonnant que l'AFA en fasse le « deuxième pilier »<sup>249</sup> du dispositif anticorruption étant entendu que c'est par une parfaite connaissance des risques qui s'imposent à elles qu'une entité pourra déployer de façon pertinente les autres mesures, lesquelles se trouveront, par voie de conséquence, adaptées à son profil de risque.

**84. D'une pratique marginale à une recommandation de l'AFA.** Naturellement, la cartographie des risques est un outil qui excède le cadre strict de la lutte anticorruption. Initialement issue du secteur des assurances<sup>250</sup>, elle est « modulable dans ses finalités et dans son "ambition", pour s'adapter en particulier aux moyens des collectivités territoriales ainsi qu'à leur taille et à leurs problématiques très diversifiées, voire à des secteurs précis d'activité »<sup>251</sup>. Ceci explique qu'avant même que la loi Sapin 2 ne voie le jour et, surtout, que les recommandations de l'AFA ne prescrivent la mise en place d'une telle cartographie s'agissant des acteurs publics, certains praticiens appelaient à une utilisation des cartographies des risques dans les collectivités territoriales, ceci afin de remplir des fonctions diverses, notamment de « sécurisation des actes et des projets territoriaux »<sup>252</sup>.

Bien que les autorités contractantes, à l'exclusion de celles soumises aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2, ne soient pas contraintes par la loi à la mise en place d'une telle cartographie, les recommandations de l'AFA se trouvent particulièrement détaillées sur ce point et insistent largement, non seulement sur l'intérêt d'une telle mise en œuvre, mais encore sur les étapes de la construction de la cartographie.

<sup>248</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Théorie juridique de la cartographie juridique », *D.*, 2019, p. 2432.

<sup>249</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 52.

<sup>250</sup> A. POLACH, « Risque et gestion des risques », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2008, n°1, dossier 2.

<sup>251</sup> S. DYENS, « La nécessité de dresser une cartographie des risques juridiques », *AJCT*, 2012, p. 131.

<sup>252</sup> *Ibid.*

**85. Les étapes de la construction de la cartographie des risques.** Dans ses nouvelles recommandations, l'AFA présente une méthode d'élaboration de la cartographie des risques, que les acteurs publics ne sont pas tenus de suivre, à la condition toutefois « *d'employer une autre méthode présentant une efficacité et pertinence au moins similaires* »<sup>253</sup>. En tout état de cause, la méthode retenue doit rendre la cartographie à la fois vivante et opérationnelle, ce qui suppose de surmonter au moins trois écueils, à savoir éviter « *une liste "à la Prévert"* », ne pas « *consister en un "copier-coller"* » d'une cartographie type sans considération pour les réalités de l'entreprise et ne doit pas être une cartographie « *de façade* », non pensée selon les finalités qui lui sont assignées<sup>254</sup>. Cette méthode en six étapes est, logiquement, reprise dans le guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public* et se décompose comme suit (pour le détail de ces différentes étapes, nous renvoyons aux recommandations précitées de l'AFA :

- **La clarification du rôle et des responsabilités des parties prenantes à la cartographie des risques ;**
- **L'identification des risques :** il s'agit ici de sonder les activités et processus de l'acteur public et d'établir les scénarii de risques afférant à ces activités ;
- **L'évaluation des risques bruts :** au regard de trois indicateurs que sont l'impact, la fréquence et les facteurs aggravants, l'acteur public doit évaluer son niveau de vulnérabilité pour chacun des scénarii de risques précédemment identifiés, préalablement à toute mesure corrective ;
- **L'évaluation des risques nets :** l'acteur public doit ici prendre en compte les mesures de maîtrise des risques déjà existantes et leur efficacité pour limiter les risques bruts ;
- **La hiérarchisation des risques nets et l'élaboration des plans d'action :** un classement est établi en fonction du niveau de vulnérabilité face aux risques nets. À niveau de vulnérabilité égal, l'acteur public hiérarchise les risques en fonction de certains critères, comme le budget alloué à l'activité à risque. C'est au vu de ce classement que les plans d'action sont adoptés pour assurer une maîtrise de ces risques ;
- **La formalisation, la mise à jour et l'archivage :** la cartographie doit être formalisée dans un document lisible et accessible, mise à jour périodiquement (les recommandations de l'agence invitent à apprécier l'opportunité d'une actualisation chaque année) et archivée.

### **A – Enquête qualitative**

**86.** Comme instrument central du dispositif anticorruption, la cartographie des risques fait l'objet d'une attention toute particulière de la part des praticiens. Tous ont parfaitement intégré l'importance décisive de ce document, y compris son caractère dynamique. Cependant, on constate que les acteurs publics n'en sont pas tous au même stade

<sup>253</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 53.

<sup>254</sup> S. DYENS, « La nécessité de dresser une cartographie des risques juridiques », *op. cit.*

de développement de cette cartographie. Là où certains l'ont achevée et en sont à plusieurs mises à jour, d'autres en sont à peine à la phase d'identification des risques.

**87. Les chausse-trappes de la cartographie des risques.** Deux principaux écueils majeurs doivent être évités dans l'entreprise de cartographie des risques inhérents à une entité. Le premier est celui d'une identification de risques trop généraux, ce qui a pour effet d'aboutir à des plans d'action qui ne seraient pas véritablement opérationnels.

Le second, qui constitue pour l'une des personnes interrogées « *la vraie difficulté* », c'est « *de faire vivre la cartographie, de l'actualiser* »<sup>255</sup>. En effet, la cartographie des risques n'est qu'une photographie, à un instant précis, des risques bruts auxquels est exposée la structure et des risques nets déduits des moyens et actions mis en œuvre pour lutter contre les risques bruts. Il s'en suit que cela ne peut être qu'un document dynamique, qui varie au gré des mutations des risques bruts d'une part, mais aussi des actions mises en œuvre et de leur efficacité d'autre part.

Ces deux écueils expliquent pourquoi l'ensemble des personnes interrogées soulignent les difficultés de la mise en place d'une cartographie des risques opérationnelle et, corrélativement, la lourdeur des moyens à mobiliser.

**88. Une mise en place particulièrement lourde.** Si les recommandations de l'AFA sont particulièrement détaillées quant à la méthodologie à employer pour développer une cartographie des risques et se présentent ainsi comme un support fortement utile, il reste que chaque étape décrite comporte, en pratique, son lot de difficultés et que, finalement, le processus de mise en place de la cartographie est « *beaucoup plus lourd que ce qu'on imagine* »<sup>256</sup>.

D'abord, l'identification des risques inhérents aux activités de l'entité suppose l'exhaustivité, ceci afin que la suite du processus de cartographie ne soit pas biaisée. Cette exhaustivité est multidimensionnelle, puisqu'elle porte non seulement sur les actions conduites par la structure, mais encore sur ses procédures internes, ce qui ressort nettement de l'un des entretiens où la personne interrogée nous précise qu'en réalité, il y a deux cartographies à faire, une cartographie des activités et une « *cartographie des processus* »<sup>257</sup> et que le lien entre les deux doit être fait. Dès lors, il est primordial de sonder l'ensemble des actions et procédures, ce qui suppose d'interroger l'ensemble des services de l'entité « *de porte à porte* »<sup>258</sup>. La méthode généralement retenue est descendante. Elle consiste à interroger chaque direction, qui va identifier les risques inhérents à chacun de ses services et les faire remonter à l'équipe en charge de l'établissement de la cartographie, puis de conduire des entretiens avec les directeurs de services afin d'affiner les données. Mais il faut bien noter que de cette exhaustivité découle d'autres difficultés, qui sont clairement explicitées par une personne interrogée, qui expose que le raisonnement « *par métiers* », qui, structurellement, correspond à un raisonnement par service, se heurte au caractère transversal de certaines procédures, dont la commande publique

---

<sup>255</sup> AC 2.

<sup>256</sup> *Ibid.*

<sup>257</sup> AC 4.



est l'exemple type, étant entendu que chaque métier utilise la commande publique et que, bien que la passation soit fréquemment centralisée, l'exécution est, quant à elle, laissée aux différentes directions. Il en résulte que « *les procédures ne sont pas toujours les mêmes en fonction des directions* »<sup>259</sup>. C'est donc à un profond travail de synthèse et de croisement de données que doit s'adonner le service en charge de l'établissement des différents risques.

L'étape suivante, qui consiste en l'évaluation des risques bruts n'est pas moins complexe à conduire, puisqu'il s'agit d'évaluer le niveau d'exposition de l'entité au regard de « *l'impact, la fréquence et les facteurs aggravants* »<sup>260</sup> de chaque risque identifié. Il y a lieu, ensuite, de passer tous ces risques bruts au crible des mesures de prévention existantes afin de déterminer les risques nets, puis de hiérarchiser l'ensemble afin de déterminer les plans d'action à mettre en place. De ce qui ressort des différents entretiens conduits, chacune de ces phases est extrêmement délicate à mener, puisqu'elle suppose non seulement de mobiliser tous les directions et services de l'entité, mais encore d'être conduite avec une grande expertise. Un représentant d'une autorité contractante concède que, face à l'ampleur de la tâche et à l'absence d'agents spécialisés en la matière, sa structure a fait appel à un prestataire extérieur afin de l'assister dans la construction de sa cartographie<sup>261</sup>.

L'impératif de mise à jour de la cartographie n'est pas perçu de la même manière en fonction des différentes personnes interrogées. Certaines estiment que la cartographie doit être « *sans cesse mise à jour et retravaillée* »<sup>262</sup>, ce qui est à l'évidence idéal, mais qui suppose, au plan organisationnel, la mise en place d'un service dédié. D'autres optent pour une mise à jour plus périodique. Il en va ainsi d'un représentant d'une collectivité territoriale, dont la cartographie vient d'être établie, qui précise que celle-ci sera mise à jour « *dans trois ans* »<sup>263</sup>.

**89. Les contrats publics, un risque majeur.** Plusieurs personnes interviewées ont par ailleurs précisé que les risques inhérents aux contrats publics avaient été particulièrement identifiés comme « *sensibles* »<sup>264</sup>, arrivant, à la suite de l'entreprise de hiérarchisation « *sur le haut des opérations à risques* »<sup>265</sup>. En ce qui concerne la typologie des risques en matière de commande publique, assez logiquement, l'on constate une grande diversité : là où une personne indique que, dans la cartographie de sa structure, « *l'exécution est plus ciblée que la passation* »<sup>266</sup> – puisque si les risques bruts sont moindres en phase d'exécution qu'en phase de passation, la donne est inversée en ce qui concerne les risques nets – une autre précise que le risque qui ressort, c'est celui du « *sourcing* »<sup>267</sup>.

---

<sup>259</sup> AC 8.

<sup>260</sup> *Recommandations de l'AFA 2021, op. cit.*, p. 55.

<sup>261</sup> AC 3.

<sup>262</sup> AC 11.

<sup>263</sup> AC 3.

<sup>264</sup> AC 10.

<sup>265</sup> AC 8.

<sup>266</sup> *Ibid.*

<sup>267</sup> AC 4.

## B – Enquête quantitative

### 90. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Une cartographie des risques a-t-elle été mise en place dans votre structure ?	20	16	55,56 %
Si non à la première question. Une telle cartographie est-elle en cours de construction dans votre structure ?	14	22	38,89 %
Si oui à la première question. Cette cartographie cible-t-elle les risques relatifs aux contrats publics ?	6	30	16,67 %
Si oui à la première question. Avez-vous éprouvé des difficultés à mettre en place une telle cartographie ?	5	31	13,89 %

**91. Un outil peu mis en place.** Sur les 20 personnes ayant répondu à la question consistant à savoir si leur structure avait élaboré une cartographie des risques, ils ne sont que 6 à l'affirmer, ce qui représente 30 % des réponses exploitables. Il s'agit d'un chiffre supérieur à celui issu de la dernière enquête de l'AFA, selon laquelle 10,3 %<sup>268</sup> de ses répondants affirmaient avoir mis en place une cartographie des risques. Cette différence est sans doute liée à la « *grande disparité* »<sup>269</sup> mise en lumière par l'agence en fonction des catégories de collectivités territoriales, les communes n'étant, dans cette enquête, que 1,7 % à avoir mis en place une telle cartographie. L'on en revient au biais statistique inhérent au panel de notre enquête. Par ailleurs, ce chiffre de 30 % est à mettre en relation avec les 11 personnes du panel affirmant que leur structure s'était dotée d'un dispositif anticorruption. En effet, la cartographie des risques étant le deuxième pilier d'un dispositif anticorruption digne de ce nom, qui conditionne d'ailleurs la teneur des autres puisque ceux-ci doivent être pensés en fonction du profil de risque de la structure, il est véritablement étonnant que plus de la moitié des structures auxquelles appartiennent ces 11 participants ait, en quelque sorte, placé la charrue avant les bœufs en déployant les autres mesures avant d'achever la cartographie des risques. Le constat est renforcé par le fait que sur les 14 participants ayant répondu par la négative, seuls 2 rapportent qu'une telle cartographie des risques est en cours d'élaboration dans leur structure.

Peut-être est-ce lié aux difficultés opérationnelles inhérentes à la construction de la cartographie des risques, déjà évoquées au stade de l'enquête quantitative et qui se confirment en partie puisque sur 5 participants, 3 précisent avoir rencontré des difficultés dans l'élaboration

<sup>268</sup> Ce chiffre, faible en valeur absolue, représente tout de même une hausse de 8,6 points par rapport à l'enquête de 2018.

<sup>269</sup> AFA, *Prévention et détection des atteintes à la probité au sein du secteur public local*, 2022, *op. cit.*, p. 25.

du document. Sur ces sondés, deux précisent qu'en effet, ils se sont heurtés à des difficultés pratiques diverses, comme la « *complexité à mobiliser les opérationnels sur les risques métiers* » ou encore la difficile « *finalisation* » de la cartographie, qui doit se faire dans un laps de temps assez restreint de manière à pouvoir l'« *actualiser tous les 2/3 ans* ». Mais peut-être l'explication se trouve-t-elle aussi dans une mauvaise assimilation de la mécanique de la construction d'un dispositif anticorruption et la volonté d'épuiser d'emblée les mesures les plus simples à mettre en œuvre.

**92. Les contrats publics confirmés comme risque majeur.** Sans surprise, la totalité des 6 participants affirmant que leur structure avait bâti une cartographie des risques précise qu'au sein de celle-ci, les contrats publics sont identifiés comme présentant des risques certains. Si l'un d'entre eux précise par ailleurs que « *le service marchés publics a même été expérimentateur de cette démarche* », on note également que des risques sont généralement identifiés à « *tous les stades* », non seulement « *en phase de passation et d'exécution* », mais aussi en matière de *sourcing*. Seul un participant ne mentionne qu'un seul risque comme pris en compte par la cartographie de sa structure, celui de « *l'abandon de chantier* », mais il ne faut pas exclure l'hypothèse, hautement probable, d'une réponse rapidement donnée et imprécise.

## II - Le code de conduite

### **Résumé intermédiaire n°3**

*La mise en place du code de conduite anticorruption est loin d'être homogène s'agissant des autorités contractantes. D'abord sur l'effectivité d'une telle mise en place : si l'enquête qualitative a révélé une large utilisation de la mesure, il n'en va pas de même pour l'enquête quantitative où seuls 50 % des répondants affirment qu'un tel code a été édicté dans leur structure - un chiffre néanmoins à relativiser au regard du panel.*

*Mais c'est surtout sur le contenu et la publicité du code que les pratiques sont particulièrement hétérogènes. Là où certains codes font le pari de la pédagogie, voire de la participation - notamment au travers de cas pratiques - d'autres se veulent plus descriptifs, ce qui peut nuire à leur appropriation auprès de l'ensemble des agents. Par ailleurs, l'enquête quantitative révèle que la diffusion interne du code est parfois défailante, ce qui, à son tour, fait obstacle à l'acculturation de tous les agents à la logique de conformité anticorruption.*

**93. Un instrument de droit souple subsidiaire ?** La mise en place de codes de conduite anticorruption, en ce qui concerne particulièrement les personnes publiques, suscite d'emblée plusieurs questions. D'abord, celle de leur valeur juridique<sup>270</sup>, mais il n'y a là qu'un élément supplémentaire venant nourrir le débat sur la normativité du droit souple sur lequel les publications scientifiques sont légion. Ensuite et surtout celle de leur place dans la compilation des règles ou recommandations déontologiques qui n'a de cesse de s'épaissir. Ceci explique sans doute l'apparente subsidiarité que semble lui conférer l'AFA dans ses recommandations et dans son guide de l'achat public. Dans les premières, il est précisé que le code de conduite « *peut être intégré dans un dispositif d'éthique ou de déontologie au périmètre plus large* »<sup>271</sup>, ce qui semble accréditer la thèse d'un certain malaise concernant ce code, malaise causé par le risque que le code apparaisse comme surabondant pour les acteurs, comme une contrainte supplémentaire. Il en va de même pour le guide de l'achat public qui, dans sa section relative au code de conduite, traite avant tout des règles déontologiques générales applicables à tout fonctionnaire public, avec une attention toute particulière portée sur les conflits d'intérêts qui, en matière contractuelle, trouvent une résonance étendue. Cet état de fait est susceptible d'induire une pratique désordonnée dans la mise en place du code de conduite anticorruption, certaines collectivités pouvant, non à dessein, le noyer dans un document plus général et plus dense.

**94. Une méthodologie à trouver.** Plus encore dans le contexte précisé ci-avant, la rédaction d'un code de conduite anticorruption apparaît comme un exercice d'équilibrisme. En effet, à la lecture des recommandations de l'AFA, on ne peut qu'être frappé par les deux impératifs potentiellement antagonistes qui doivent guider la rédaction d'un tel code. D'une part, il convient d'assurer l'exhaustivité du code, au plan personnel en ce qu'il doit

<sup>270</sup> J. RICHARD, « Outils de la *compliance* (chartes, bonnes pratiques, lignes directrices...) : quelle valeur juridique ? », *AJCT*, 2018, p. 498.

<sup>271</sup> *Recommandations de l'AFA 2021, op. cit.*, p. 58.

concerner « *l'ensemble des personnels et dirigeants* »<sup>272</sup> de l'entité considérée et au plan matériel puisqu'il doit rappeler l'ensemble des règles déontologiques auxquelles les agents et élus sont assujettis tout comme leur mise en œuvre. L'on imagine d'emblée la densité du document. Mais d'autre part, il est vivement recommandé de faire de ce code un instrument vivant, qui non seulement s'adapte au gré des variations de la cartographie des risques, mais encore qui soit « *rédigé en des termes qui le rendent intelligible et accessible à des non-spécialistes [...] clair, sans réserve et sans équivoque* »<sup>273</sup>, ce qui suppose notamment de l'illustrer à travers des exemples opérationnels et d'utiliser un langage simple. Là encore, cette adaptabilité du code de conduite en fonction des différentes structures, qui est absolument nécessaire pour le rendre véritablement opérationnel, emporte le risque de constater des pratiques hétérogènes.

### A – Enquête qualitative

**95.** L'hétérogénéité supposée se retrouve en pratique. Outre les 3 autorités contractantes n'ayant pas mis en place le code, on s'aperçoit que les pratiques varient entre des codes généraux ou plus spécifiques et entre des codes plus ou moins pédagogiques. Du reste, la question de sa publicité apparaît elle aussi variable.

**96. Généralité et spécialité.** Sur les 8 autorités contractantes dotées d'un document tenant lieu de code de conduite, 4 ont opté pour une démarche globale n'intégrant pas seulement la prévention de la corruption, mais recouvrant plus globalement l'ensemble des règles déontologiques. Cette généralité se constate d'ailleurs sur l'intitulé des documents, qui est, elle aussi, parfaitement hétérogène. Le document s'intitule tantôt « *code de déontologie* »<sup>274</sup>, « *guide de déontologie* »<sup>275</sup>, tantôt « *code d'éthique* »<sup>276</sup> ou plus simplement « *code de conduite* »<sup>277</sup>. Il convient par ailleurs de préciser que l'on observe aussi une variabilité au regard des acteurs concernés. Certaines autorités contractantes optent pour un code qui s'applique « *à la fois aux agents et aux élus* »<sup>278</sup> étant entendu d'une part que les principes déontologiques applicables aux élus rejoignent, pour majeure partie, ceux applicables aux agents publics et que d'autre part, une « *logique préventive* »<sup>279</sup> analogue est à l'œuvre concernant ces deux catégories d'acteurs publics, la Charte de l'élu local aujourd'hui prévue à l'article L.1111-1-1 du CGCT en étant l'exemple le plus éloquent<sup>280</sup>. D'autres optent pour une approche différenciée, en rédigeant un code à destination des agents et un code à destination des élus. En l'état, il est difficile d'évaluer laquelle de ces deux approches est la plus pertinente.

<sup>272</sup> *Ibid.*

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>274</sup> AC 4.

<sup>275</sup> AC 8.

<sup>276</sup> AC 9.

<sup>277</sup> AC 3.

<sup>278</sup> AC 8.

<sup>279</sup> E. UNTERMAIER-KERLEO, « Actes administratifs unilatéraux et déontologie des élus locaux : identifier les risques juridiques pour mieux les prévenir », *JCP A*, 2020, n°47, 2303.

<sup>280</sup> V. sur ce point P. VILLENEUVE, « Du bon usage des chartes de déontologie des élus locaux, défense et illustration d'une



D'un côté, il apparaît pertinent de créer, au sein de la structure, une culture éthique commune à l'ensemble des intervenants. De l'autre, l'impératif d'effectivité du document appelle à une certaine segmentation des développements.

Pour les autorités contractantes ayant opté pour une démarche spécialisée, on constate que celle-ci se décline selon plusieurs directions. Il peut s'agir d'une spécialité fonctionnelle, dépendant des missions exercées par les agents concernés par les différents codes. Ainsi, un représentant d'une autorité contractante précise que sa structure s'est dotée d'un « *guide de la commande publique général* » qui rappelle les infractions spécifiquement attachées au non-respect des règles afférentes, auquel se superpose un guide spécial pour les différentes fonctions attachées au cycle achat. Cette personne donne ainsi l'exemple d'un guide spécifique à destination des acheteurs pratiquant le *sourcing*<sup>282</sup>. Naturellement, un tel degré de spécialisation apparaît comme rarissime. Mais la spécialité peut aussi se situer dans les infractions ciblées. Tel est le cas de l'autorité contractante qui s'est dotée d'un « *code anticorruption* » et est même allée jusqu'à établir un « *guide cadeaux et invitations* »<sup>283</sup>. On le voit bien, la pratique témoigne d'une profonde diversité, laquelle n'est que le reflet des particularités inhérentes aux différentes structures et de la variabilité des risques auxquels elles sont exposées.

**97. Exhaustivité et accessibilité.** Les personnes interrogées partagent largement l'idée selon laquelle l'équilibre entre exhaustivité et accessibilité est difficile à trouver. On peut ainsi constater que le premier réflexe consiste à être exhaustif avant d'être accessible, ce dont témoigne un interviewé, qui précise que le code mis en place par sa structure dans un premier temps contenait « *beaucoup d'informations, pas forcément accessibles* »<sup>284</sup>. Cet aspect est confirmé par une autre personne, dont la structure vient d'achever la rédaction du code, lequel fait « *une quarantaine de pages* » et aborde une pluralité de thématiques : « *pantouflage, marchés publics, subventions, biens de la collectivité, ressources humaines...* »<sup>285</sup>. Une telle densité semble comporter un risque quant à la diffusion du contenu auprès de l'ensemble des agents de l'entité, étant entendu qu'un contenu très étoffé peut nuire à son accessibilité.

Cependant, on peut constater que la totalité des personnes interrogées est bien consciente que le code est « *d'abord un effort de pédagogie* »<sup>286</sup> : il ne s'agit pas d'égrener les infractions ou les règles de conduite applicables – ce serait surabondant – mais plutôt de diffuser une culture de déontologie à travers un langage autre que celui de la norme juridique. Cette accessibilité du code peut se concevoir de diverses manières et les entretiens ont mis à jour une pluralité de méthodes permettant la bonne compréhension du code :

- **Simplicité** : étant entendu qu'ainsi que cela a déjà été exposé, la ligne de partage entre le permis et l'interdit est parfois difficile à discerner, il convient de fixer, particulièrement

---

<sup>281</sup> AC 3.

<sup>282</sup> AC 7.

<sup>283</sup> AC 11.

<sup>284</sup> AC 9.

<sup>285</sup> AC 3.

<sup>286</sup> AC 2.

pour les situations ambivalentes, des règles simples et compréhensibles de tous. Un interviewé cite à ce propos l'exemple de la politique cadeau qui constitue la situation dans laquelle « *la ligne rouge est la plus difficile à déterminer* » et pour laquelle son entité a adopté trois règles très simples : « 1) *On ne sollicite pas de cadeau* ; 2) *On veille à ne pas être redevable en cas de cadeau* ; 3) *Fixation de seuils au-delà desquels il faut impérativement refuser le cadeau* »<sup>287</sup>.

- **Cas pratiques** : il s'agit du point le plus évoqué, l'idée selon laquelle un code de conduite opérationnel serait celui comportant des « *exemples et des cas pratiques* »<sup>288</sup> reprenant les différentes situations à risque qui peuvent se présenter aux agents. Naturellement, une telle démarche suppose un profond travail en amont d'investigation auprès des services afin de déterminer quelles situations pourraient opportunément faire l'objet d'une représentation en la forme d'un cas pratique.
- **Éléments visuels** : sur ce point, le droit rencontre véritablement la communication et une personne interrogée insiste sur la nécessité, pour le code de conduite, de contenir « *des éléments très visuels* »<sup>289</sup>, là où un autre plaide pour que le code se fasse selon un mode de « *legal design* »<sup>290</sup>.
- **Vue du code** : il apparaît également pertinent de faire du code de conduite un élément vivant, non figé. Une bonne méthode consiste, pour un interviewé, à mettre en place un système de questions-réponses dématérialisé permettant aux agents d'interroger un référent sur une situation qu'il rencontre et d'obtenir rapidement une réponse, ainsi que cela a été fait dans sa structure. Cette personne nous donne des exemples de questions qui ont pu être posées par des agents : « *est-ce que je peux inviter untel ? ; dois-je déclarer tel cadeau ?* »<sup>291</sup>. Cette méthode permet ainsi de donner vie au code, de faire de lui un outil individualisable à loisir.

L'ensemble de ces éléments est résumé par l'affirmation d'un conseil selon qui « *un bon code de conduite doit être court pour que les personnels en prennent connaissance : 20 pages, c'est déjà trop. Il doit être l'éthique générale de l'entreprise ou de la collectivité, quelque chose de commun, que l'on partage, c'est un élément corporate* »<sup>292</sup>.

**98. Publicité.** Enfin, la réussite du code de conduite passe par une diffusion pertinente de ce dernier. Une personne interviewée insiste largement sur cet élément : « *la communication est primordiale* »<sup>293</sup>. À l'évidence, cette publicité du code peut emprunter diverses voies. D'abord, sa « *mise en ligne sur l'intranet* »<sup>294</sup> est absolument indispensable, afin que le code soit disponible, pour tous les agents, à tout moment. Une version papier est envisageable, mais les personnes interrogées ne l'évoquent pas. Ensuite, il semble opportun

<sup>287</sup> AC 2.

<sup>288</sup> AC 10.

<sup>289</sup> *Ibid.*

<sup>290</sup> AC 9.

<sup>291</sup> AC 11.

<sup>292</sup> CONS 2.

<sup>293</sup> AC 7.

<sup>294</sup> AC 11.

que le code soit « *intégré dans le processus managérial* »<sup>295</sup>, à savoir que les chefs de service, à leurs niveaux, s'en saisissent et en assurent la diffusion directe vis-à-vis de leurs agents selon une logique descendante. En somme, le code ne doit pas être simplement un onglet de plus sur le portail intranet de la structure, mais que les managers veillent bien à ce que leurs agents se l'approprient.

Enfin, la question de la publicité externe du code, s'agissant des personnes publiques, ne semble pas vraiment développée puisqu'aucune personne représentant une collectivité territoriale ne fait état d'une telle publicité. Seule une affirme que le code sera accessible « *à l'extérieur quand il sera bien terminé* » en insistant par ailleurs sur le risque que comporte une telle démarche : « *du point de vue du public, on va se dire que si on le fait, c'est qu'on a quelque chose à se reprocher* »<sup>296</sup>. La donne est sensiblement différente en ce qui concerne les autorités contractantes qui sont des personnes morales de droit privé, pour lesquelles la publication du code de conduite sur leur site internet semble davantage naturelle<sup>297</sup>.

## B – Enquête quantitative

### 99. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Un code de conduite a-t-il été rédigé et diffusé dans les services de votre structure ?	22	14	61,11 %
Si non à la première question. Un tel code est-il en cours de rédaction ?	11	25	30,56 %
Si oui à la première question. Ce code contient-il des développements particuliers relatifs aux contrats publics ?	11	25	30,56 %
Si oui à la première question. Ce code contient-il des exemples opérationnels permettant aux agents de bien s'en approprier le contenu ?	11	25	30,56 %
Si oui à la première question. Pour prévenir des faits de corruption, jugez-vous ce code très utile, utile, peu utile ou inutile ?	7	29	19,44 %

**100. Une mesure moyennement adoptée.** Sur les 22 participants à la première question, qui consistait à savoir si un code de conduite avait été édicté et diffusé dans leur structure, 11 répondent par l'affirmative, soit 50 % des répondants. Sur les 11 autres ayant

<sup>295</sup> Ibid.

<sup>296</sup> AC 3.

<sup>297</sup> AC 9.

répondu par la négative, ils ne sont que 2 à préciser qu'un tel code est en cours de rédaction. Là encore, ces résultats sont à mettre en perspective avec l'étroitesse du panel. Mais tout de même, si l'on considère que les répondants sont des personnes intéressées par la question puisque la participation au sondage était volontaire, on constate bien que l'adoption d'un code de conduite anticorruption est loin d'être commune.

Ce relatif plus grand engouement pour le code de conduite par rapport aux autres mesures est confirmé par les chiffres de la récente enquête de l'AFA, selon lesquels 24,7 % des acteurs publics ayant répondu se sont dotés d'un tel code, un chiffre en nette augmentation vis-à-vis de l'enquête de 2018, où le taux n'était que de 5,9 %<sup>298</sup>.

**101. Une accessibilité recherchée, mais une publicité parfois insatisfaisante.** Deux questions avaient vocation à sonder l'accessibilité du code. Une question directe, consistant à savoir si le code contenait des exemples opérationnels de nature à en renforcer son accessibilité et une plus indirecte et subjective par laquelle les participants devaient juger l'utilité du code pour prévenir des faits de corruption.

À la première question, 8 participants sur 11, soit 72,72 % rapportent que le code de conduite en vigueur dans leur structure contient bien de tels exemples opérationnels et 3 d'entre eux apportent de brèves précisions. Pour l'un, cela se traduit sous la forme de « *BD* », là où un autre évoque des cas pratiques de « *mise en situation* » et un dernier précise que cela se matérialise par « *d[es] exemples de situations pratiques, comme le sourcing ou la négociation* ». La diversité des approches déjà constatée lors de l'enquête qualitative se retrouve donc ici. En termes pédagogiques, on observe bien que certains codes ont une approche ludique, d'autres une approche plus descriptive et passive et d'autres, enfin, une approche participative. Il reste que, dans bien des cas, l'accessibilité est bel et bien recherchée.

En ce qui concerne la seconde question, seules 7 personnes ont souhaité évaluer l'utilité de leur code de conduite. 2 d'entre elles le jugent très utile, 4 utile et 1 peu utile. Les 2 participants qui le jugent très utile précisent leur propos en commentaire. Le premier estime que cette grande utilité est la conséquence de son caractère « *court, accessible et illustré* », ce qui confirme l'intérêt d'un effort pédagogique intense dans la rédaction du document et le second déduit cette utilité du fait que le code soit « *un facteur d'acculturation et de responsabilisation* », ce qui, ici, démontre bien l'intérêt du code comme instrument de diffusion d'une culture de la conformité. Les 4 répondants qui le jugent utile apportent tous une nuance dans leurs commentaires et il est intéressant de noter qu'il s'agit systématiquement de la même, qui confine au manque de diffusion du code dans les services et à la faible connaissance consécutive de ce dernier par les agents. Ainsi, le fait que « *la lecture reste libre ou non par les opérationnels* » ne permet pas de déployer le plein potentiel du code pour un participant. Pour d'autres, il est insuffisant s'il n'est pas « *utilisé dans son ensemble* », ou si les « *agents l'ignorent* », notamment du fait d'un « *manque de formation à ce sujet* ». Deux éléments ressortent de ces témoignages, d'une part l'impérieuse nécessité de diffuser largement le code pour en garantir son appropriation par les agents et, d'autre part, la nécessité que celui-ci s'intègre à la globalité

<sup>298</sup> AFA, *Prévention et détection des atteintes à la probité au sein du secteur public local*, 2022, op. cit., p. 26.

du dispositif, notamment s'agissant de la formation. Les données recueillies ne semblent pas démontrer une réelle efficacité de la mesure étant entendu qu'un code qui n'est pas partagé par les agents n'a pas d'autre vertu qu'une cosmétique peu opérationnelle.

**102. Les contrats publics systématiquement concernés.** Tous les participants ayant précisé que leur structure avait adopté un code de conduite précisent que celui-ci contient des développements relatifs aux contrats publics, ce qui démontre bien que ceux-ci sont systématiquement considérés comme des pratiques à risque.

## IV - La formation

### Résumé intermédiaire n°4

*La formation est une mesure plus difficile à mettre en œuvre qu'il n'y paraît, puisque, ainsi que cela a bien été saisi par les participants à l'enquête qualitative, celle-ci doit être fonction des profils de risque de la structure, mais encore des différents métiers et niveaux hiérarchiques à l'intérieur de la structure. Dès lors, il convient non seulement de créer un dispositif de formation souple et adapté aux profils de risques de chaque agent, ce qui peut se traduire par deux niveaux de formation : une formation générale pour tous les agents et des formations différenciées et adaptées en fonction des responsabilités et des fonctions des agents.*

*Cette difficulté de mise en œuvre explique qu'au stade de l'enquête quantitative, une pluralité de systèmes ait été décrite. Si les données sont insuffisantes pour avoir une vision élargie, elles permettent tout de même d'entrevoir une certaine tendance à la facilité dans la mise en place des formations, ce qui est attesté par le fait qu'il s'agisse de la mesure la plus mobilisée par les participants à l'enquête, y compris certains n'ayant pas mis en place de cartographie des risques, ce qui est de nature à limiter la pertinence des formations, puisque celles-ci sont, dans ce cas, décorrélée du profil de risque de la structure.*

**103. Un contexte général a priori favorable.** Découlant de l'alinéa 13 du préambule de la Constitution de 1946, garantissant « l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture », le droit à la formation des agents publics n'a eu de cesse de s'intensifier au cours de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle. Il est aujourd'hui consacré, toutes fonctions publiques confondues, par l'article L.115-4 du Code général de la fonction publique, selon lequel « le droit à la formation professionnelle tout au long de la vie est reconnu aux agents publics ». Souvent remanié, ce droit « s'inscrit dans une logique tant collective qu'individuelle, concourant à l'adaptation de l'agent aux exigences du poste qu'il occupe »<sup>299</sup>, mais permet aussi de faciliter la mobilité des agents. Dès lors, il a vocation tout à la fois à permettre à la personne publique de déployer des formations pertinentes au regard de ses missions, ce qui est notamment l'objet du plan de formation, et à faciliter à l'agent public la maîtrise de ses propres compétences, notamment via le compte personnel d'activité<sup>300</sup> ayant remplacé le droit individuel à la formation.

Vue sous l'angle de la prévention de la question, on comprend bien que le plan de formation, qui est censé permettre à la personne publique de « disposer de personnel faisant preuve des compétences suffisantes, voire d'expertise, pour développer ses projets et répondre aux exigences du service public »<sup>301</sup>, peut constituer l'assise d'une politique de formation à la lutte contre les manquements au devoir de probité, ce que l'AFA préconise dans ses recommandations par ailleurs<sup>302</sup>. Du reste, le plan de formation pourrait utilement s'appuyer sur des structures connues, notamment l'AFA, qui propose régulièrement en collaboration avec le

<sup>299</sup> L. DERBOULLES, « Le droit à la formation des agents territoriaux », *AJCT*, 2018, p. 184.

<sup>300</sup> V. L. SEUROT, « Le mode d'emploi du "compte personnel de formation" se précise », *AJFP*, 2017, p. 220.

<sup>301</sup> Ph. ROUQUET, « La mise en œuvre de la formation des agents publics territoriaux. Les documents et les acteurs internes aux collectivités », *AJCT*, 2018, p. 188.

<sup>302</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 60.

CNFPT un MOOC « *Corruption, favoritisme, détournement... Comment les prévenir dans la gestion locale* », ou encore le CNFPT lui-même, dont le premier intérêt est bien de « *répondre aux besoins de formation des collectivités* »<sup>303</sup>. Néanmoins, la lecture du rapport d'activités 2020 du centre relativise profondément cette assertion, celui-ci n'ayant proposé, au titre de ses formations à la déontologie qu'une seule journée de formation dédiée à la « *prévention de la corruption et des atteintes à la probité* » sur cette période<sup>304</sup>. Enfin, il est envisageable, pour une collectivité de créer une école de formation interne, afin de proposer des formations particulièrement en phase avec les réalités empiriques des agents<sup>305</sup>, une école qui pourrait bien proposer des formations à la prévention de la corruption.

En somme, le développement progressif d'une culture de la formation professionnelle dans la fonction publique couplée de structures juridiques favorables peut parfaitement – théoriquement du moins – permettre un déploiement de formations anticorruption conformes aux recommandations de l'AFA.

**104. Le couple formation/sensibilisation aux fondements d'une logique pragmatique.** Dans ses recommandations, l'AFA préconise un plan de formation adapté au profil de risque de la personne publique et, à nouveau, assis sur la cartographie des risques. Ainsi, l'agence recommande d'une part de mettre en place un dispositif de sensibilisation « *destiné à tous les personnels* »<sup>306</sup> et une formation « *obligatoire destinée aux personnels les plus exposés* »<sup>307</sup>. Par ailleurs, l'agence apporte certaines précisions quant au contenu des formations. En particulier, celles-ci ne doivent pas être générales ou trop théorique : elles sont « *pragmatiques et pédagogiques [...] elles s'appuient notamment sur des cas pratiques et des scénarios personnalisés par public et adaptés aux risques identifiés dans la cartographie des risques* »<sup>308</sup>. C'est donc à un profond effort de pédagogie et d'adaptation qu'appelle l'AFA.

### A – Enquête qualitative

**105.** L'intérêt fondamental de la mise en place d'un dispositif de formation au risque de manquement au devoir de probité a parfaitement été saisi par les personnes interrogées, qui par ailleurs partagent une vision globalement similaire quant à la mise en œuvre du dispositif, d'ailleurs conforme aux recommandations de l'AFA. De ce point de vue, cette mesure semble être la plus aisée à mettre en œuvre, quoiqu'elle soit fonction de certaines autres, en particulier le code de conduite et la cartographie des risques.

**106. Une formation différenciée en fonction des responsabilités et des métiers.** Toutes les personnes interrogées, à l'exception de celles dont la structure n'a pas mis

<sup>303</sup> X. POQUET DU HAUT-JUSSE, « Le CNFPT, acteur de la formation professionnelle des agents territoriaux », *AJCT*, 2018, p. 192.

<sup>304</sup> CNFPT, *Rapport d'activité 2020*, p. 74.

<sup>305</sup> Par ex. : E. SEYS, « L'École de formation interne : passeport pour une collectivité apprenante. Exemple de l'École de formation interne des agents de la communauté urbaine du Grand Reims et de la ville de Reims », *AJCT*, 2018, p. 196.

<sup>306</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 61.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 62.

en œuvre les obligations issues de l'article 3, 3° de la loi Sapin 2, s'accordent sur la nécessité de former l'ensemble des agents. Cependant, on note une différence d'appréciation dans la méthode retenue. Ainsi, certaines personnes précisent que leur structure opte d'emblée pour une logique commune, avec, par exemple, un « MOOC obligatoire pour tous »<sup>309</sup> ou la mise en place d'une « séance de sensibilisation » à destination de chaque nouvel agent « dans les premiers jours suivant son arrivée »<sup>310</sup>, là où d'autres ont favorisé une logique descendante ou spécialisée.

En ce qui concerne la logique descendante, celle-ci est décrite par plusieurs interviewés, qui précisent avoir avant toute chose « formé le top »<sup>311</sup>, les « agents dirigeants »<sup>312</sup> ou la « strate directionnelle »<sup>313</sup> avant de déployer des formations auprès des managers, puis de descendre progressivement dans les strates de l'organisation.

Concernant la logique spécialisée, elle est également décrite par plusieurs personnes interrogées. La spécialisation est variable en fonction des variations organisationnelles des différentes structures. Ainsi, lorsque l'on considère une collectivité territoriale, une bonne pratique consiste en la mise en place d'une « campagne de formation et de sensibilisation à l'attention des élus », en parallèle d'une « campagne à destination des managers »<sup>314</sup>. Cette spécialisation en fonction du statut peut utilement se coupler avec une spécialisation fonctionnelle qui consiste, au regard de la cartographie des risques, à « cibler le personnel »<sup>315</sup> ou plus généralement les « services les plus à risques »<sup>316</sup> afin de leur proposer une formation adaptée à leurs « besoins réels »<sup>317</sup> et correspondant à leur profil de risques.

**107. Une formation adaptée aux réalités de la structure.** De nombreuses personnes interrogées le disent de la manière la plus claire qui soit : les formations proposées en matière de prévention de la corruption doivent être non seulement « en lien avec l'activité de l'organisation »<sup>318</sup>, calquées sur « les besoins réels des agents »<sup>319</sup>, mais encore adaptées à l'« organisation » et au « territoire »<sup>320</sup> d'activité de l'entité considérée. Partant, les formations trop générales qui sont « transposables d'une structure à l'autre »<sup>321</sup> ne sauraient se suffire à elles-mêmes puisque précisément, elles ne prennent pas appui sur la cartographie des risques et le code de conduite propres à la structure considérée. Elles sont donc réduites à des considérations générales, voire théoriques, et n'ont, de ce fait, que peu de chances de trouver un écho dans l'esprit des agents formés, car sans lien avec les réalités de terrain qu'ils éprouvent.

---

<sup>309</sup> AC 4.

<sup>310</sup> AC 10.

<sup>311</sup> *Ibid.*

<sup>312</sup> AC 3.

<sup>313</sup> AC 9.

<sup>314</sup> AC 8.

<sup>315</sup> AC 2.

<sup>316</sup> AC 3.

<sup>317</sup> AC 11.

<sup>318</sup> AC 2.

<sup>319</sup> AC 11.

<sup>320</sup> AC 8.



Ceci pose une sérieuse question : qui, dans ces conditions, est le plus légitime à former les agents ? De l'aveu d'un représentant d'une collectivité territoriale, le CNFPT ne propose qu'une offre de formation extrêmement limitée et, en tout état de cause, ses formations « *ne fonctionnent pas* »<sup>322</sup>, pour les raisons précédemment indiquées. Il y aurait donc lieu de privilégier des formations « *en interne* »<sup>323</sup>, éventuellement pilotées, pour les structures qui ont les moyens de s'en doter, d'un « *service formation* »<sup>324</sup>. Si cette méthode suppose, pour les agents formateurs, « *un niveau d'expertise élevé* »<sup>325</sup>, elle a clairement l'avantage de permettre une adaptabilité des formations à raison des statuts, des fonctions ou encore des profils de risques des différents agents à former. Certaines personnes interrogées précisent qu'elles font appel à des avocats<sup>326</sup>, mais l'une d'entre elles attire l'attention sur la nécessité que toute formation doive être « *co-animée par le prestataire et des agents de la collectivité* »<sup>327</sup>, ce qui permet d'allier l'expertise d'un prestataire extérieur avec la connaissance des réalités inhérentes à l'organisation.

## B – Enquête quantitative

### 108. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Votre structure a-t-elle mis en place des formations dédiées à la prévention de la corruption ?	21	15	58,33 %
Si non à la première question. Est-ce en projet dans votre structure ?	12	24	33,33 %
Si oui à la première question. À destination de quels agents ?	9	27	25 %
Si oui à la première question. Sous quelle(s) forme(s) ?	8	28	22,22 %
Si oui à la première question. Existe-t-il une formation spécifiquement dédiée au risque corruption en matière de contrats publics ?	9	27	25 %

**109. La mesure la plus adoptée.** 9 personnes sur les 21 ayant apporté une réponse exploitable à cette question affirment que leur structure a bien mis en place des formations dédiées à la prévention de la corruption. Si cela ne représente que 42,86 % du panel,

<sup>322</sup> AC 3.

<sup>323</sup> AC 8.

<sup>324</sup> AC 7.

<sup>325</sup> AC 8.

<sup>326</sup> AC 3 ; AC 11.

<sup>327</sup> AC 3.

il reste qu'il s'agit de la mesure la plus déployée parmi celui-ci. Cela ne doit pas étonner tant l'enquête qualitative avait bien révélé qu'il s'agissait là d'une mesure assez simple à mettre en place. Cependant, cela ne doit pas occulter que sur les 12 personnes ayant opté pour la négative, 5 seulement précisent que la mise en place de telles formations est en projet dans leur structure, ce qui ne réduit pas la part des participants appartenant à des structures dans lesquelles ces formations ne sont même pas envisagées à portion congrue : ceux-là représentent tout de même un tiers du panel (7 sur 21).

**110. Des dispositifs de formation aux formes diverses.** Les questions relatives aux personnes formées et aux formes des formations étaient ouvertes, nulle proposition de réponse n'était spécifiée, puisqu'il s'agissait de vérifier l'hypothèse entrevue lors de l'enquête qualitative selon laquelle les dispositifs de formation varient fortement d'une structure à une autre, ce qui présente l'avantage de l'adaptation des formations au profil de risque de la structure, mais l'inconvénient de voir fleurir des dispositifs qui ne sont pas vraiment adaptés.

Sur la question des agents formés, cette différenciation à raison des structures apparaît de façon très nette à travers les 9 réponses. Au regard de celles-ci, semblent se dégager trois pratiques bien distinctes. La première, rapportée par un participant, consiste en la formation « *des élus exclusivement* ». La personne ayant répondu ne précise pas si le fait de cantonner les formations anticorruption aux élus constitue en réalité la première étape du déploiement d'un dispositif de formation plus large et descendant, mais il est évident que la seule formation des élus, si elle peut apparaître comme un préalable pertinent, ne suffit pas. La seconde, partagée par 3 participants, consiste à limiter le périmètre des formations anticorruption aux « *agents participant au cycle de l'achat public* ». Peut-être que les personnes ayant affirmé cela ne sont pas au fait de l'existence d'autres formations dédiées à la lutte contre la corruption à destination d'autres agents puisque si la formation des acheteurs est effectivement nécessaire, là encore, elle apparaît insuffisante. Enfin, la troisième pratique, décrite par les 5 autres participants, vise à déployer la formation anticorruption de façon particulièrement large, au plan fonctionnel et au plan hiérarchique, 2 d'entre eux décrivant par ailleurs un dispositif de formation en deux temps : une phase générale à destination de l'ensemble des agents et une phase particulière avec des formations adaptées aux différents métiers et niveaux hiérarchiques.

En ce qui concerne les formes des formations, on note encore une profonde diversité, sans qu'il soit réellement possible de dégager des tendances, tant les 8 participants à la question font état de pratiques très diverses, tant en ce qui concerne la durée que le contenu des formations. Sur la durée, 1 participant fait état d'une formation d'« *une journée* », là où deux autres précisent que leur formation anticorruption s'étale sur « *deux jours* ». En ce qui concerne le contenu, une personne précise que sa formation visait à la « *transmission de la charte déontologique* », ce qui constitue un bon indice de sa pertinence. Mais globalement, à l'exception d'une personne qui précise que sa formation a véritablement été axée sur la prévention de la corruption, avec une journée dédiée à l'AFA et aux manquements au devoir de probité et une journée dédiée à la mise en œuvre pratique de ces éléments au regard des

fonctions et procédures de la structure, toutes les autres évoquent des développements sur la corruption qui s'agrègent à des formations plus générales, notamment sur la commande publique.

**111. Formations risques de corruption dans les contrats publics.** 3 participants sur 9 précisent que leur structure propose une formation spécifiquement dédiée au risque de corruption dans les contrats publics, mais n'apportent pas de précisions supplémentaires.

Au vu de l'ensemble des éléments récoltés et en conservant les précautions liées au faible nombre de réponses obtenues, on aperçoit tout de même une certaine tendance à la généralité des formations. Ceci est d'ailleurs à mettre en perspective avec les chiffres obtenus sur le même panel en ce qui concerne la mise en place de la cartographie des risques : 6 personnes affirment avoir mis en place une telle cartographie et 9 des formations, ce qui signifie qu'une part – naturellement pas calculable sans un échantillon plus étendu – des acteurs publics pensent dispenser des formations relatives à la prévention de la corruption qui soient pertinentes, alors même qu'en l'absence de cartographie des risques, elles ne sont pas en mesure d'évaluer avec pertinence quels métiers et quels niveaux hiérarchiques sont les plus à risques et donc ont un besoin plus fort de formation.

## V - L'évaluation des tiers

### **Résumé intermédiaire n°5**

*Si l'on considère le cas particulier des personnes publiques dans le cadre des contrats publics, la question de l'évaluation des tiers présente plusieurs difficultés dont les enquêtes ont reflété l'importance. Prise en elle-même, l'évaluation des tiers présente des difficultés opérationnelles certaines que les enquêtes ont bien révélé : détermination des tiers à évaluer, méthodes de recueil de l'information, techniques d'évaluation à proprement parler. Tout ceci suppose la mise en œuvre de moyens considérables et la pratique consistant à procéder à une telle évaluation par le simple envoi d'un questionnaire déclaratif aux tiers, si elle semble répandue, peut se révéler purement cosmétique et guère opérationnelle.*

*Mais une difficulté s'ajoute, à savoir celle de la conciliation entre l'évaluation des tiers et le droit de la commande publique. En effet, l'encadrement par le code de la commande publique des motifs d'exclusion des candidats limite l'effectivité de l'évaluation des tiers étant entendu que seul un motif prévu par le code pourra justifier une exclusion, là où la liberté contractuelle permet aux opérateurs économiques de refuser d'entrer en relation avec un tiers s'ils estiment que le risque de corruption est trop intense et sans avoir à se justifier. Ainsi, en l'absence de motif d'exclusion et face à un tiers à risque, la seule possibilité offerte aux autorités contractantes consiste à accroître leur vigilance au stade de l'exécution si d'aventure le tiers à risque remporte le contrat.*

**112. Évaluation des tiers et droit de la commande publique.** Ainsi que le relève un auteur, le « *concept d'évaluation des tiers et la technique de recherche de l'information qu'il induit apparaissent, dans une large mesure, inconnus des entités du service public local qui y recourent d'ailleurs très peu* »<sup>328</sup>. Et pour cause, bien que la commande publique ne soit pas la seule activité des personnes publiques dans laquelle une évaluation des tiers est nécessaire, l'on songe notamment aux subventions, elle demeure l'activité privilégiée où cette mesure devrait se déployer. Or, l'évaluation des tiers ne peut être envisagée, juridiquement, que dans le respect des règles du droit de la commande publique, ce qui ressort des recommandations générales de l'AFA, selon lesquelles les procédures d'évaluation des tiers « *visent à permettre de décider d'entrer en relation avec un tiers, de poursuivre une relation en cours, le cas échéant avec des mesures de vigilance renforcées, ou d'y mettre fin [...] sous réserve du respect des dispositions encadrant le processus considéré* »<sup>329</sup>. Et les règles de la commande publique, en particulier le principe de liberté d'accès et les règles qui le concrétisent, apparaissent comme un obstacle à une réelle effectivité de l'évaluation des tiers. En effet, à y regarder de près, si rien n'interdit aux autorités contractantes d'évaluer leurs tiers, les règles relatives aux motifs d'exclusion sont autant de paravents qui conditionnent les conséquences normalement attachées à l'évaluation des tiers, en particulier le refus d'entrer en relation contractuelle avec un tiers n'ayant pas satisfait à l'évaluation. Dès lors, il n'est pas étonnant de constater que dans le guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*, le premier objectif

<sup>328</sup> F. JOURDAN, « *Compliance dans les collectivités : l'Agence française anticorruption pointe l'insuffisance des dispositifs en place* », JCP A, 2019, n°6, 2042.

<sup>329</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 63.

assigné à l'évaluation des tiers soit « *de vérifier que l'opérateur économique ne tombe pas sous le coup d'une exclusion, soit au cours de la procédure de passation, soit en cours d'exécution du contrat* »<sup>330</sup>. Certes, l'évaluation des tiers n'a pas systématiquement vocation à aboutir à une exclusion, elle peut aussi conduire à une vigilance accrue, lorsque le risque est faible. Mais il reste qu'en matière de commande publique, elle se trouve limitée, dans son effectivité, par les règles relatives aux motifs d'exclusion, de plein droit ou à l'appréciation de l'acheteur<sup>331</sup>.

**113. Les motifs d'exclusion de plein droit.** Les dispositions du Code de la commande publique s'agissant des exclusions de plein droit mentionnent logiquement les condamnations définitives en matière de corruption, ou de recel. Ainsi, tant l'article L.2141-1 relatif aux marchés publics que l'article L.3123-1 s'agissant des concessions égrènent les articles 432-10, 432-11, 432-12 à -16, 433-1 et -2, 434-9 et -9-1, 435-3, -4, -9 et -10 et 445-1 à -2-1 du Code pénal, couvrant ainsi la totalité du spectre des infractions assimilées à la corruption. Dès lors, toute personne ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour une infraction à ces dispositions ou pour recel de l'une de ces infractions, se trouve exclue de plein droit de la procédure de passation des marchés publics et des concessions pour une durée de cinq ans sauf à ce que la décision de justice prononçant une peine d'exclusion des marchés ou des concessions ne prévoise, définitivement, une autre durée.

Ces motifs d'exclusion font régulièrement débat. En particulier, dans une récente décision QPC, le Conseil constitutionnel était saisi de la question de savoir si ces exclusions de plein droit ne portaient pas atteinte aux principes de nécessité et d'individualisation des peines ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif, découlant des dispositions des articles 8 et 16 de la DDHC. Mais, dans un raisonnement en trois temps, le Conseil constitutionnel s'est estimé incompétent pour trancher la question, estimant que ces dispositions se bornaient à transposer une directive européenne, n'établissaient pas une peine et qu'en tout état de cause, les principes invoqués étant protégés au niveau européen, ils ne pouvaient être vus comme inhérents à l'identité constitutionnelle de la France<sup>332</sup>. À l'évidence, le niveau européen est plus pertinent pour porter ce débat et c'est par la Cour de justice de l'Union européenne que la France a été sanctionnée, dans un arrêt *Vert Marine* de 2020<sup>333</sup> à propos des motifs d'exclusions de plein droit des concessions. Il faut dire que le Code de la commande publique sous-transpose les directives européennes, lesquelles prévoient la possibilité, pour tout opérateur économique entrant dans un motif d'exclusion de plein droit de « *fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation du marché* » (articles 38 de la directive concessions et 57 de la directive marchés), ce qui n'est pas le cas des dispositions nationales. Dès lors, la Cour a estimé, répondant à une question préjudicielle posée par le Conseil d'État<sup>334</sup> que « *doit être*

<sup>330</sup> AFA/DAE, *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*, op. cit., p. 48.

<sup>331</sup> Pour une analyse exhaustive, v. F. LICHERE, « Motifs d'exclusion des marchés publics et des concessions », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, EFE.

<sup>332</sup> CC, 28 janv. 2022, *Cédric L. et autres*, n°2021-966 QPC.

<sup>333</sup> CJUE, 11 juin 2020, *Sté Vert Marine*, aff. n°C-472/19.

<sup>334</sup> CE, 14 juin 2019, *Sté Vert Marine*, n°419146.

*interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui n'accorde pas à un opérateur économique condamné de manière définitive pour l'une des infractions visées à l'article 38, paragraphe 4, de cette directive et faisant l'objet, pour cette raison, d'une interdiction de plein droit de participer aux procédures de passation de contrats de concession la possibilité d'apporter la preuve qu'il a pris des mesures correctrices susceptibles de démontrer le rétablissement de sa fiabilité »<sup>335</sup>, étant entendu que lus à la lumière du principe de liberté d'accès, les motifs d'exclusion doivent être « interprétés strictement »<sup>336</sup>. Dès lors, le Conseil d'État a jugé que dans l'attente d'une modification du Code de la commande publique en ce sens, « l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession prévue à l'article L.3123-1 du code de la commande publique n'est pas applicable à la personne qui, après avoir été mise à même de présenter ses observations, établit dans un délai raisonnable et par tout moyen auprès de l'autorité concédante, qu'elle a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements correspondant aux infractions mentionnées au même article pour lesquelles elle a été définitivement condamnée et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement »<sup>337</sup>. Il faut ici noter que la solution ne concerne que les concessions, mais le problème se posant en des termes analogues s'agissant des marchés publics<sup>338</sup>, aucun argument juridique ne semble invocable pour justifier d'une solution différente les concernant.*

Dès lors, s'il apparaît, après évaluation d'un candidat à un contrat de la commande publique que celui-ci entre dans un motif d'exclusion de plein droit, notamment du fait d'une condamnation définitive pour des faits de corruption, la possibilité de démontrer sa réhabilitation devra lui être ménagée.

**114. Les motifs d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur.** Contrairement aux motifs d'exclusion de plein droit, les motifs d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur commandent à celui-ci de permettre à l'opérateur économique dont l'exclusion est envisagée de présenter des observations justifiant de la correction des manquements allégués et du fait que sa candidature ne portera pas atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Quatre hypothèses sont envisagées par le code, à savoir les manquements graves et persistants à ses obligations contractuelles dans le cadre d'un contrat de la commande publique antérieur, l'influence sur la procédure de passation du marché ou la participation à la préparation de cette procédure, l'entente et le conflit d'intérêts. Comme le souligne H. Hoepffner, à première vue, ces motifs d'exclusion se distinguent théoriquement des motifs d'exclusion de plein droit en ce que ces derniers « poursuivent un objectif général de moralisation de la commande publique » là où les motifs à l'appréciation de l'acheteur « poursuivent un objectif spécifique, propre à la procédure de passation d'un marché en particulier », à savoir « prévenir un risque de mauvaise exécution du marché ou d'atteinte aux principes fondamentaux au cours de sa procédure

<sup>335</sup> CJUE, 11 juin 2020, *Sté Vert Marine*, *op. cit.*

<sup>336</sup> L. DE FOURNOUX, « Le régime d'exclusion automatique des procédures de passation des concessions est contraire au droit de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2021, p. 493.

<sup>337</sup> CE, 12 oct. 2020, *Sté Vert Marine*, n°419146.

<sup>338</sup> G. ECKERT, « Le régime des exclusions de plein droit est incompatible avec le droit de l'Union européenne », *CMP*, 2020, n°12, comm. 332.

d'attribution »<sup>339</sup>. *A priori*, donc, les motifs d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur ne sont pas conçus comme des outils de lutte contre la corruption.

Toutefois, le Conseil d'État a validé l'exclusion d'un candidat sur ce fondement, du fait d'« éléments précis ainsi relevés à l'occasion de la passation de précédents marchés publics » qui « pouvaient conduire le département à avoir des raisons de mettre en doute la probité du candidat et de craindre pour la régularité de la procédure en cours »<sup>340</sup>. Certains auteurs ont pu critiquer cette position, la qualifier d'« interprétation très constructive des motifs d'exclusion facultative »<sup>341</sup>, alors que d'autres estiment qu'il existe des raisons « tout aussi valables » de penser que « l'esprit » de la directive plaide « au contraire en faveur d'une interprétation extensive »<sup>342</sup>. Une position par ailleurs défendue par G. Pellissier dans ses conclusions selon lesquelles si « admettre que des soupçons de corruption dans un contexte extérieur à la procédure en cause puisse conduire à interdire une personne de soumissionner romprait l'équilibre du dispositif et rendrait presque inutile la condition, propre aux interdictions obligatoires, d'une condamnation définitive [et] porterait une atteinte grave à la présomption d'innocence, à la liberté d'accès à la commande publique et représenterait une mesure disproportionnée », « ces raisons ne nous paraissent cependant pas faire obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières dont la présente espèce offre une bonne illustration, les manœuvres commises par un candidat pour fausser à son avantage la concurrence lors de l'attribution d'un précédent marché justifient son exclusion en application des dispositions du 2° de l'article 48. Nous pensons que ces dispositions ménagent aux acheteurs une certaine marge d'appréciation, qui ne pourra toutefois qu'être limitée pour les raisons que nous venons de dire et afin de prévenir tout risque d'atteinte excessive à la liberté de prestation de service et à l'égalité des candidats »<sup>343</sup>.

En somme, les motifs d'exclusion facultative ménagent la possibilité d'une effectivité de l'évaluation des tiers et ce n'est pas un hasard si le guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*<sup>344</sup> les mentionne à ce titre. Toutefois, on peut présager que les acheteurs seront réticents à s'engager sur une voie qui peut leur paraître hasardeuse.

Il convient, pour terminer cette courte présentation, d'évoquer une nouveauté de la loi « climat et résilience » du 22 août 2021 qui pourrait apparaître comme une disposition « éclairceur » de l'irruption dans les motifs d'exclusion de la logique de *compliance*. En effet, l'article 35 de la loi intègre un article L.2141-7-1 et un article L.3123-7-1 au code de la commande publique permettant à l'autorité contractante d'exclure les entreprises soumises à l'obligation d'établir un plan de vigilance dans les conditions de la loi du 27 mars 2017<sup>345</sup> qui ne peuvent présenter ledit plan pour l'année précédant la publication de l'avis d'appel à la concurrence, une disposition que le décret n°2022-767 du 2 mai 2022 a fait entrer en vigueur. Bien que l'on

<sup>339</sup> H. HOEPFFNER, « Possibilité d'exclure un candidat d'une procédure d'attribution en raison d'agissements constatés lors de précédentes procédures », *CMP*, 2019, n°10, comm. 299.

<sup>340</sup> CE, 24 juin 2019, *Département des Bouches-du-Rhône*, n°428866.

<sup>341</sup> F. CAFARELLI, « Agissements passés d'un candidat : de l'exclusion punitive à l'exclusion préventive », *AJDA*, 2019, p. 2502.

<sup>342</sup> H. HOEPFFNER, « Possibilité d'exclure un candidat d'une procédure d'attribution en raison d'agissements constatés lors de précédentes procédures », *op. cit.*

<sup>343</sup> G. PELLISSIER, « Concl. sur CE, 24 juin 2019, *Département des Bouches-du-Rhône* », *ArianeWeb*.

<sup>344</sup> AFA/DAE, *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>345</sup> Sur ce point, v. *infra*.

puisse légitimement penser, pour les raisons déjà évoquées, que cette possibilité soit réellement « *prescriptive* »<sup>346</sup> ou à tout le moins effective, elle marque une inclinaison « conformité » dans l'économie des interdictions de soumissionner.

### A – Enquête qualitative

**115.** Outre la difficile articulation entre l'exigence d'évaluation des tiers et le respect du principe de liberté d'accès à la commande publique, les personnes interrogées qui ont mis en place la mesure s'accordent pour affirmer que l'évaluation des tiers représente « *un vaste sujet* »<sup>347</sup> ou un travail « *titanesque* »<sup>348</sup> et que la mère des difficultés opérationnelles en la matière est « *de trouver l'équilibre entre le contrôle que l'on veut opérer et les ressources que cela mobilise* »<sup>349</sup>. Au-delà de cet aspect, deux éléments ressortent clairement de l'enquête. D'une part, les praticiens sont particulièrement sceptiques quant à l'effectivité de l'évaluation des tiers dans le cadre de la commande publique. D'autre part, ils tâtonnent sur la méthodologie à mettre en place.

**116. L'effectivité de l'évaluation des tiers en cause.** Toutes les personnes interviewées s'accordent : en matière de commande publique, l'évaluation des tiers est affaire extrêmement délicate. En particulier, plusieurs font état de leurs doutes quant à l'utilité d'une telle évaluation des tiers, étant entendu qu'à l'exception des cas très particuliers où le tiers entre dans un des motifs d'exclusion prévus par le code de la commande publique, l'évaluation ne peut avoir de conséquences concrètes. Plusieurs témoignages sont particulièrement éloquentes à ce propos : « *cela n'a pas de sens de faire un audit des tiers, car les seuls motifs d'exclusion sont ceux qui sont prévus dans le code de la commande publique* »<sup>350</sup> ; « *cela nous permet de regarder la maturité de nos fournisseurs sur ces points-là, mais une fois qu'on a posé la question, on ne peut pas en tirer des conséquences, car les règles d'exclusion des candidats nous en empêchent* »<sup>351</sup>. Le fait que l'évaluation des tiers se dissolve dans le contrôle des motifs d'exclusion laisse donc les autorités contractantes dans un certain embarras, y compris au stade de l'exécution. Certes, comme le soulignent deux personnes interrogées, certaines dispositions relatives aux exclusions à l'appréciation de l'acheteur pourraient être une porte d'entrée pour une évaluation des tiers plus effective<sup>352</sup>, mais la procédure contradictoire exigée pour ce type de motifs d'exclusion suppose d'avoir des éléments tangibles. Or, l'évaluation se fait sur des éléments « *déclaratifs* »<sup>353</sup> – via les formulaires appropriés en phase de passation (DUME, DC 1 pour les candidats, DC 4 pour les sous-traitants) et un questionnaire dressé par l'autorité contractante en phase d'exécution – que l'autorité contractante n'a pas nécessairement la possibilité de contrôler. Par ailleurs, précise un autre interviewé, il y a un problème lié à « *la*

<sup>346</sup> En ce sens : F. LICHERE, « La loi du 22 août 2021 et la commande publique », *AJDA*, 2022, p. 142.

<sup>347</sup> AC 8.

<sup>348</sup> AC 3.

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> AC 4.

<sup>351</sup> AC 10.

<sup>352</sup> AC 2 ; AC 3.

<sup>353</sup> AC 9.

*dualité du droit administratif et du droit pénal* » et prend un exemple théorique : « *si une personne est mise en examen pour des faits de corruption, est-ce que je peux dire que pèse sur cette personne un fort risque dans le cadre d'un marché public ?* »<sup>354</sup>. Naturellement, en l'absence de condamnation définitive, les motifs d'exclusion de plein droit ne peuvent être mobilisés, mais cela est moins évident en ce qui concerne les motifs à l'appréciation de l'acheteur. La pratique confirme donc bel et bien que la confrontation de l'exigence d'évaluation des tiers peine à s'insérer dans les règles de passation et d'exécution des contrats de la commande publique.

**117. La question des tiers à évaluer.** Par-delà ce verrou juridique, certes justifié par le principe de liberté d'accès à la commande publique, mais sur lequel une réflexion pourrait opportunément être conduite, les praticiens s'interrogent sur la méthode à mettre en œuvre pour déterminer les tiers à évaluer. À l'exception d'un représentant d'une autorité contractante, qui affirme demander « *systématiquement* » dans ses procédures de passation aux entreprises de produire leur dispositif de *compliance*<sup>355</sup>, tous les autres estiment qu'il y a lieu de déterminer quels sont les tiers à risque et de ne porter l'évaluation que sur ceux-ci, dans son souci d'efficacité et de pertinence. Comme le souligne une personne interrogée, deux méthodes sont envisageables : « *soit un échantillonnage, soit un contrôle ciblé* »<sup>356</sup>, quoique seule la dernière hypothèse ait les faveurs de l'AFA, qui préconise une évaluation en fonction de la cartographie des risques, ceci afin de ne contrôler que les entreprises qui présentent un risque au regard de cette dernière.

Sur ce point, le tâtonnement est nettement perceptible. Hormis le cas d'un interviewé, qui précise que sa structure est en train de mettre en place un « *référencement des entreprises* »<sup>357</sup> afin d'éviter que les agents n'aient à contrôler deux fois une même structure dans un laps de temps réduit et de permettre de construire une base de données actualisable, seule une personne nous livre les réflexions actuellement conduites dans son entité pour déterminer les tiers à évaluer. Cette personne précise que des critères ont été établis à cette fin, bien que cela demeure à l'état de projet. Ces critères sont au nombre de six et sont mobilisables contrat par contrat : « *Le niveau de dépendance à notre égard ; La récurrence d'attributions de marchés du même type ; L'absence de concurrents pour l'attribution du marché ; La concentration des rapports contractuels entre le tiers et nous ; Les conditions d'exécution des précédents marchés ; La sensibilité du secteur d'activité* »<sup>358</sup>. Ces critères présentent les avantages de leurs inconvénients. En tant qu'ils sont, pour cinq d'entre eux, centrés sur les marchés passés par l'entité, ils sont facilement opérationnels et vérifiables par les agents (le dernier critère se fonde alors sur des « *sources externes* » et des « *signalements internes* »). Mais cette caractéristique cristallise également leur faiblesse puisqu'ils ne portent pas sur le tiers en lui-même, ce qui présente le risque de ne pas voir des éléments qui pourraient prêter à suspicion.

<sup>354</sup> AC 3.

<sup>355</sup> AC 9.

<sup>356</sup> AC 11.

<sup>357</sup> AC 7.

<sup>358</sup> AC 8.

**118. La méthode d'évaluation.** Un mot, enfin, sur la méthode d'évaluation. Classiquement, celle-ci se fait, ainsi que cela a déjà été dit, via les formulaires dédiés à la candidature ou des questionnaires spécifiques. Mais un représentant d'autorité contractante alerte sur les faiblesses de la méthode du questionnaire, constatant qu'« *en pratique, ce sont des questions trop simples, trop générales* », auxquelles même une entreprise qui n'est pas dotée d'un dispositif de conformité pourrait aisément répondre sans que l'acheteur ne puisse véritablement estimer que pèse sur elle un risque de corruption. Bien entendu, les données récoltées lors de l'analyse des réponses des entreprises peuvent être complétées par une recherche en sources ouvertes, mais cette méthode présente l'inconvénient majeur d'être profondément chronophage et donc pas véritablement opérationnelle. Le représentant de cette autorité contractante estime donc qu'il serait intéressant de songer à la construction d'un « *questionnaire intelligent, permettant précisément d'évaluer s'il y a un risque* », en rédigeant des questions selon « *une attitude de douanier* »<sup>359</sup>.

On note également qu'aucune collectivité ne fait état du recours à des prestataires extérieurs pour procéder à l'évaluation des tiers, ces dernières apparaissant comme « *très réticentes à s'équiper de logiciels et de prestataires externes* »<sup>360</sup>, contrairement à ce que nous verrons concernant les opérateurs économiques.

## B – Enquête quantitative

### 119. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSES (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Procédez-vous à une évaluation des tiers ?	21	15	58,33 %
Si oui à la première question. Comment collectez-vous les informations sur les tiers ?	5	31	13,89 %
Procédez-vous à une évaluation des tiers dans le cadre de vos contrats publics ?	21	15	58,33 %
Si oui à la troisième question. Procédez-vous à cette évaluation au stade de la passation, de l'exécution ou est-ce variable en fonction de situations ?	9	22	13,89 %
Si oui à la troisième question. Évaluez-vous également les sous-traitants ?	13	18	36,11 %
Si oui à la troisième question. Comment procédez-vous ?	5	31	13,89 %

<sup>359</sup> AC 2.

<sup>360</sup> CONS 2.

Votre structure a-t-elle déjà exclu un candidat pour des motifs liés à un risque de corruption ?	18	18	50 %
Votre structure a-t-elle déjà été évaluée par un tiers ?	17	19	47,22 %

**120. Une mesure peu déployée.** Trois questions étaient dédiées à la question de l'étendue de l'évaluation des tiers par les autorités contractantes et les réponses montrent qu'une telle pratique n'est pas franchement partagée en pratique. Ainsi, sur 21 personnes ayant répondu à la question générale consistant à savoir si leur structure procédait à une évaluation des tiers, seules 5 ont répondu positivement, soit 23,81 %. Mais si l'on affine l'analyse des données, l'on remarque que ces 5 participants sont précisément les 5 représentants de structures soumises à l'article 17 de la loi Sapin 2, si bien que sur les autorités contractantes relevant de l'article 3, 3° de la loi, aucune n'affirme procéder à une évaluation des tiers. Pour autant, de façon curieuse, 9 participants sur 21, soit 42,86 %, affirment évaluer les tiers dans le cadre particulier de leurs contrats publics, ce qui signifie que certaines autorités contractantes ne sont pas dotées d'une procédure formalisée d'évaluation des tiers, mais qu'elles tentent tout de même de procéder à une forme d'évaluation de ces tiers dans leurs contrats. Enfin, sur 13 participants, 4 précisent par ailleurs évaluer également leurs sous-traitants.

Ce faible déploiement se confirme à la lecture des chiffres obtenus par l'AFA dans sa dernière enquête, lesquels sont plus inquiétants encore puisqu'ils révèlent une baisse du pourcentage d'acteurs publics affirmant évaluer l'intégrité de leurs tiers par rapport à l'enquête de 2018. En effet, là où en 2018, 17 % des répondants affirmaient mettre en œuvre cette mesure, ils n'étaient plus que 12,4 % en 2021<sup>361</sup>.

**121. Éléments de méthode.** En ce qui concerne le moment de l'évaluation, ces 9 mêmes participants sont plus partagés. Une majorité de 5 procède à l'évaluation au seul stade de la formation, 1 au seul stade de l'exécution et 3 précisent que cela varie en fonction des risques, cette dernière réponse étant davantage en phase avec les recommandations de l'AFA. Le fait que la majorité précise que l'évaluation est faite au stade de l'exécution fait pressentir un risque, identifié lors de l'enquête qualitative, d'une évaluation cosmétique, automatique et pas véritablement adaptée au profil de risque de l'autorité contractante.

Cette supposition semble se confirmer par l'analyse des deux questions méthodologiques qui étaient posées aux participants. Sur la première question, relative aux techniques de récolte des informations utilisées, seul un participant sur 5 ayant fourni une réponse exploitable fait part de la mobilisation d'une pluralité de techniques : « *réunion de bilan avec les fournisseurs, remontées, reporting des utilisateurs...* ». Sur les quatre autres, l'un précise simplement « *déclaration de conflit d'intérêts* », ce qui constitue une réponse à tout le moins parcellaire et les trois autres affirment utiliser une plateforme numérique externe dédiée. Si, comme cela a déjà été évoqué, ces plateformes rendent l'évaluation des tiers plus efficace, il convient de rappeler que plusieurs participants à l'enquête qualitative avaient précisé qu'elles

<sup>361</sup> AFA, *Prévention et détection des atteintes à la probité au sein du secteur public local*, 2022, *op. cit.*, p. 31.

n'étaient pas suffisantes en elles-mêmes. Le risque d'une évaluation des tiers de surface, mais non véritablement opérationnelle n'est pas à exclure.

Malheureusement, les réponses à la seconde question de méthode, portant sur les techniques d'évaluation des tiers dans le cadre des contrats publics, ne sont pas véritablement riches en informations. Ainsi, sur 5 participants, 2 précisent que cela se fait seulement au stade de l'analyse des pièces de la candidature, 2 se réfèrent aux mêmes plateformes précédemment évoquées et 1 mentionnant des « *fiches internes de suivi* ».

**122. Une absence de conséquences en termes d'exclusion.** Sur les 18 personnes ayant participé à la question portant sur le fait de savoir si elles avaient déjà procédé à l'exclusion d'un candidat pour des motifs liés à un risque de corruption, aucune ne répond positivement. Cela n'est pas une surprise, tant la pratique de l'exclusion au stade de la candidature est peu développée. Mais ce qui peut davantage surprendre, ce sont certains commentaires laissés par les participants. Si, sur les 8 commentaires, 6 précisent que s'ils ne l'ont pas fait, c'est que la situation ne s'est jamais présentée, les 2 autres prêtent plus à circonspection. Le premier précise que, dans sa structure, « *personne ne s'est jamais posé la question* », alors même que le guide de l'achat public de l'AFA et de la DAE est clair sur ce point. Le second est rédigé en ces termes : « *ne rentre pas dans les motifs d'exclusion du CCP !* », alors même que plusieurs infractions de nature corruptive sont mentionnées à l'article L.2141-1 du Code de la commande publique comme motifs d'exclusions de plein droit en cas de condamnation définitive et que l'article L.2141-8 semble ménager une place, au rang des motifs d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur, pour les pratiques s'apparentant à des tentatives de corruption active.

**123. L'évaluation des autorités contractantes par les opérateurs économiques.** Sur 17 participants, 7 rapportent avoir déjà vu leur structure évaluée par un tiers, soit 41,18 %. On entrevoit ici une certaine réticence des entreprises pour l'évaluation de leurs tiers publics, laquelle sera plus particulièrement analysée à la section suivante.

## VI - Le dispositif d'alerte interne

### Résumé intermédiaire n°6

*Le dispositif d'alerte interne semble très variablement appréhendé par les praticiens interrogés, que ce soit au cours de l'enquête qualitative ou au cours de l'enquête quantitative. Il semble en effet que le chevauchement des différents dispositifs d'alerte et les difficultés à les mettre en place soient de nature à expliquer la grande hétérogénéité constatée, non seulement en ce qui concerne la mise en œuvre effective du dispositif d'alerte, mais encore s'agissant du dispositif en lui-même, dont la teneur est très variable en fonction des différentes structures interrogées.*

**124. Définition du lanceur d'alerte.** L'expression de « lanceur d'alerte » semble avoir été développée en premier lieu en sociologie<sup>362</sup>. Cependant, elle recouvre des réalités bien plus anciennes et la seule évocation du cas du lieutenant-colonel Picquart dans le cadre de l'affaire Dreyfus suffit à s'en convaincre. Parfois perçu comme un héraut de la « désobéissance civile » visant à protéger « l'intérêt général »<sup>363</sup>, le lanceur d'alerte a longtemps peiné avant de trouver une définition juridique stable. Inconnu du droit public, il constituait jusqu'à très récemment une « figure difficile à cerner juridiquement »<sup>364</sup>. Une première esquisse de définition avait été proposée par le Conseil d'État dans une étude de 2016 intitulée *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger* en ces termes : « le lanceur d'alerte signale, de bonne foi, librement et dans l'intérêt général, de l'intérieur d'une organisation ou de l'extérieur, des manquements graves à la loi ou des risques graves menaçant des intérêts publics ou privés, dont il n'est pas l'auteur »<sup>365</sup>. Déjà retrouvait-on certains traits caractéristiques de la définition qui sera ultérieurement retenue par la loi Sapin 2<sup>366</sup>, en particulier la « bonne foi » et le « caractère désintéressé »<sup>367</sup> de l'alerte lancée. Il est ensuite revenu à l'article 6 de ladite loi de donner une définition légale du lanceur d'alerte, selon laquelle : « Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre ».

Cependant, si avant même la publication de la loi Sapin 2, une définition du lanceur d'alerte ne faisait « pas l'unanimité »<sup>368</sup>, cette circonstance perdure. En effet, le cantonnement

<sup>362</sup> F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNY, *Les sombres précurseurs : une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, EHESS, Paris, 1999.

<sup>363</sup> D. LOCHAK, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA*, 2014, p. 2236.

<sup>364</sup> S. SLAMA, « Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public ? », *AJDA*, 2014, p. 2229.

<sup>365</sup> Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La Documentation française, 2016, p. 11.

<sup>366</sup> V. J.-M. PASTOR, « Le Conseil d'État définit le lanceur d'alerte », *AJDA*, 2016, p. 693.

<sup>367</sup> B. QUERENET-HAHN et A. RENARD, « Le régime de protection des lanceurs d'alerte issu de la loi Sapin 2 », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2018, n°1, dossier 3.

<sup>368</sup> I. BEGUIN, F. CAYLA, S. DYENS et S. PINTRE, « Les lanceurs d'alerte dans les collectivités territoriales », *JCP A*, 2017, n°14, 2092.

de la définition du lanceur d'alerte aux personnes physiques fait l'objet d'importants débats et la loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, transposant la directive 2019/1937, a tranché en maintenant cette qualification aux seules personnes physiques, permettant seulement à certaines personnes morales d'être, non pas des lanceurs d'alerte, mais des « facilitateurs ». Dès lors, la définition rénovée, inscrite au nouvel article 6, I de la loi Sapin 2 est la suivante : « *Un lanceur d'alerte est une personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement. Lorsque les informations n'ont pas été obtenues dans le cadre des activités professionnelles mentionnées au I de l'article 8, le lanceur d'alerte doit en avoir eu personnellement connaissance* ».

L'irruption d'une définition légale du lanceur d'alerte, bien que débattue dans son contenu, et les mécanismes de protection qui s'attachent à ce statut, permet néanmoins, s'agissant des agents publics, de désamorcer certaines questions qui ont pu émerger s'agissant de la comptabilité de ce statut avec les obligations de l'agent public.

**125. Le lanceur d'alerte face aux obligations de l'agent public.** Avant qu'un régime approprié de protection des lanceurs d'alerte dans la fonction publique et que des dispositifs pertinents de nature à traiter les alertes ne soient adoptés, la doctrine s'interrogeait sur la compatibilité du lancement d'alerte avec les obligations auxquelles les agents publics sont assujettis. En effet, en alertant, le lanceur d'alerte se plaçait potentiellement dans une situation pouvant l'entraîner sur le chemin du non-respect de certaines de ces obligations, en particulier la « *discrétion* », « *le devoir d'obéissance hiérarchique* » ou encore, naturellement, « *l'obligation de réserve* »<sup>369</sup>. Dès lors, le non-respect de ces obligations, y compris de la part d'un lanceur d'alerte, était susceptible d'aboutir à des sanctions disciplinaires. Cette situation n'a été réglée, « *de manière furtive* »<sup>370</sup> que par la loi du 6 décembre 2013 relative à la fraude fiscale et à la grande délinquance financière, étant entendu qu'avant l'intervention de ce texte, la France était « *la seule au monde, parmi plus de soixante pays dotés du droit d'alerte, à ne pas protéger l'agent public* »<sup>371</sup>. Depuis, la protection des lanceurs d'alerte dans la fonction publique s'est considérablement accrue et fait l'objet des dispositions des articles L.135-1 et suivants du Code général de la fonction publique. Par ailleurs, les agents publics lanceurs d'alerte sont naturellement concernés par le renforcement de la protection issue de la loi du 21 mars 2022.

Mais au-delà de cette question, essentielle, du régime de protection des lanceurs d'alerte, celle des dispositifs d'alerte mérite quelques développements.

<sup>369</sup> S. DYENS, « La déontologie du fonctionnaire et l'alerte éthique sont-elles compatibles », *AJCT*, 2012, p. 557.

<sup>370</sup> J.-P. FOEGLE et S. PRINGAULT, « Les "lanceurs d'alerte" dans la fonction publique », *AJDA*, 2014, p. 2256.

<sup>371</sup> N.-M. MEYER, « Alerte éthique et fonction publique : la fin d'un malentendu français ? », *Rev. des juristes de Sciences Po*, 2014, n°9, p. 159.

**126. Une pluralité de dispositifs.** À y regarder de près, l'existence d'un dispositif législatif permettant aux agents publics de dénoncer des faits constitutifs de délits ou de crime date de la Révolution. En effet, l'article 83 du Code des délits et des peines du 3 Brumaire de l'an IV disposait : « *Toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance ou reçoit la dénonciation d'un délit de nature à être puni, soit d'une amende au-dessus de la valeur de trois journées de travail, soit d'un emprisonnement de plus de trois jours, soit d'une peine afflictive ou infamante, est tenu d'en donner avis sur-le-champ au juge de paix de l'arrondissement dans lequel il a été commis, ou dans lequel réside le prévenu, et de lui transmettre tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ». Il s'agit ici de l'ancêtre de l'actuel article 40 du Code de procédure pénale, dont la rédaction a certes été modernisée, mais dont la structure grammaticale est demeurée inchangée. Par ailleurs, la loi n°82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail avait créé un dispositif d'alerte sectoriel afin de prévenir la survenance d'accidents du travail, y compris dans la fonction publique. Mais il est revenu à la loi Sapin 2 de définir un dispositif d'alerte général en son article 8, qui établit un système de signalement des alertes à canaux successifs, impliquant au premier chef le supérieur hiérarchique ou le référent interne, puis, « *en l'absence de diligence de la personne destinataire de l'alerte* », des organismes externes. Mais ce dispositif général, précisé par le décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations d'État, s'est trouvé associé à d'autres, en particulier celui issu de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique dont l'article 80 impose aux personnes publiques la mise en place d'« *un dispositif de signalement qui a pour objet de recueillir les signalements des agents qui s'estiment victimes d'un acte de violence, de discrimination, de harcèlement moral ou sexuel ou d'agissements sexistes* » – un dispositif étendu par le Code général de la fonction publique aux « *atteintes volontaires à [l']intégrité physique [des agents]* », aux « *menaces* » et « *tout acte d'intimidation* » –, si bien que l'articulation entre tous ces régimes n'est « *guère aisée pour les agents publics* »<sup>372</sup>. Cependant, dans le cadre, notamment, de la transposition de la directive 2019/1937, l'unification de ces différents dispositifs est en cours.

### A – Enquête qualitative

**127.** L'enquête qualitative semble montrer qu'un certain flou règne dans la mise en œuvre de ce dispositif d'alerte interne, en particulier du fait que pour de nombreux praticiens, il se chevauche avec d'autres dispositifs analogues. Une personne interrogée en témoigne clairement : « *il existe un empiement, voire un enchevêtrement des dispositifs d'alerte, notamment entre le dispositif des articles 6 et suivants de la loi Sapin 2 et celui issu de la loi TFP*<sup>373</sup> *relatif aux signalements d'actes de violence, harcèlement, discrimination et agissements sexistes* », ajoutant par ailleurs que l'ensemble doit également s'articuler avec l'article 40 du

<sup>372</sup> P. VILLENEUVE, « La protection des lanceurs d'alerte dans la fonction publique, un régime à parfaire », *JCP A*, 2021, n°49, 2369.

<sup>373</sup> Loi n°2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, art. 80.

Code de procédure pénale<sup>374</sup>. De son côté, l'AFA recommande, du fait de la coexistence de ces différents dispositifs, « *la mise en place d'un dispositif technique unique de recueil des signalements* »<sup>375</sup>, mais la donne n'est pas tout à fait claire et un représentant d'une autorité contractante affirme attendre avec impatience la transposition de la directive 2019/1937 pour y voir plus clair<sup>376</sup>. Là encore, lorsqu'un tel dispositif est mis en place, ce qui n'est pas le cas pour 5 des 11 personnes interrogées, on observe une grande diversité des pratiques, concernant non seulement le référent alerte, mais encore le dispositif d'alerte en lui-même.

**128. Le référent alerte.** Le flou qui règne en la matière se retrouve à ce niveau. Ainsi, certaines personnes interrogées affirment que la fonction de référent alerte a été confiée au référent déontologue<sup>377</sup>, avec le risque, soulevé par un interviewé, que celui-ci soit surchargé et que sa tâche ne devienne si complexe que « *plus personne ne voudra être référent déontologue* »<sup>378</sup>. D'autres autorités contractantes, qui constituent la majorité des personnes interrogées, ont opté pour une logique plus sectorisée en mettant en place un référent alerte dédié à la prévention de la corruption<sup>379</sup> ou en charge, plus largement, de « *l'éthique et de la conformité des affaires* »<sup>380</sup>, une terminologie que l'on ne retrouve cependant que dans les sociétés à capitaux publics. Enfin, une personne interrogée précise que sa structure a opté pour une démarche collégiale en confiant le rôle de référent alerte à un « *comité d'éthique* »<sup>381</sup>. Par ailleurs, un conseil alerte sur la nécessité d'une formation « *pertinente* » du référent alerte, le risque étant, malgré un système d'alerte bien cadré, d'obtenir un dispositif « *cosmétique* » si le référent est mal formé<sup>382</sup>.

**129. Le dispositif d'alerte.** En ce qui concerne le traitement des alertes, peu de divergences sont à signaler. Toutes les personnes sondées précisent que les alertes sont instruites dans le respect des dispositions législatives et réglementaires relatives aux lanceurs d'alerte, par le référent et peuvent donner, classiquement, lieu à des sanctions.

Là où des différences sont observables, c'est sur le processus de signalement où l'on peut discerner deux modes. D'une part, certaines autorités contractantes optent pour un processus simple et unique, généralement par « *écrit anonyme* »<sup>383</sup>. D'autre part, un interviewé précise que sa structure a préféré opter pour « *des modalités de signalement multicanaux* »<sup>384</sup>, en mettant certes en place un formulaire dédié à destination des agents et disponible sur intranet, mais en acceptant que les alertes soient transmises par mail également.

## B – Enquête quantitative

<sup>374</sup> AC 8.

<sup>375</sup> *Recommandations de l'AFA 2021, op. cit.*, p. 69.

<sup>376</sup> AC 2.

<sup>377</sup> AC 7 ; AC 8.

<sup>378</sup> AC 1.

<sup>379</sup> AC 3.

<sup>380</sup> AC 11.

<sup>381</sup> AC 9.

<sup>382</sup> CONS 2.

<sup>383</sup> AC 4.

<sup>384</sup> AC 8.

**130. Données.**

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Existe-t-il un dispositif d'alerte interne dans votre structure ?	18	18	50 %
Si non à la première question. Est-ce en projet dans votre structure ?	11	25	30,56 %
Si oui à la première question. Comment se matérialise-t-il ?	2	34	5,88 %

**131. Une mesure peu développée.** Sur les 18 personnes ayant répondu à la question de savoir si un dispositif d'alerte interne avait été mis en place, seul 7 ont répondu par l'affirmative, soit 38,89 %, ce qui peut paraître surprenant tant l'article 8 de la loi Sapin 2 complété par le décret du 19 avril 2017 obligent, rappelons-le, la plupart des personnes morales de droit public à se doter d'une procédure formalisée de recueil des signalements.

Il y a là, clairement, une lacune importante dans la mise en œuvre effective de la loi Sapin 2, pour laquelle il est délicat de formuler des hypothèses explicatives. Cette lacune est ici encore confirmée par l'enquête de l'AFA, qui révèle néanmoins une amélioration par rapport à 2018, le taux des acteurs publics affirmant avoir mis en place un tel dispositif étant passé de 4,9 % à 19,3 % en trois ans<sup>385</sup>.

**132. Des mécanismes divers.** Le fait que seuls 2 participants aient apporté une réponse exploitable à la question de savoir comment se matérialisait leur dispositif d'alerte interne ne permet pas de tirer de conclusions objectives et quantifiables. Néanmoins, l'on retrouve dans ces deux réponses les deux attitudes observées au stade de l'enquête qualitative, à savoir la mise en place d'un dispositif permettant des signalements multicanaux ou d'un dispositif à canal unique. L'une des réponses décrit en effet un mécanisme à trois canaux : une « *plateforme confidentielle de signalement* », un « *recours au déontologue interne* » ou la possibilité d'adresser un « *mail au supérieur hiérarchique* », tandis que l'autre précise que les alertes doivent seulement faire l'objet d'une « *saisine du supérieur hiérarchique, N+1 ou N+2* ». Cette dernière option ne semble, *a priori*, pas la plus pertinente, eu égard, précisément au lien de subordination qui peut exister entre le lanceur d'alerte et le référent.

<sup>385</sup> AFA, *Prévention et détection des atteintes à la probité au sein du secteur public local*, 2022, *op. cit.*, p. 31.

## VII - Les procédures de contrôle comptable

### Résumé intermédiaire n°7

*Il s'agit clairement de la mesure qui est la moins bien appréhendée par les participants aux enquêtes qualitative et quantitative. Certains conçoivent en effet cette mesure comme peu efficace par nature, étant entendu que la corruption est généralement cachée et ne se traduit pas en écritures comptables. D'autres l'estiment redondante, notamment du fait de l'encadrement déjà intense dont font l'objet les comptes publics. Mais ces éléments sont à mettre en relation avec le fait que notre panel était constitué de juristes spécialistes du droit des contrats publics, si bien que peu de renseignements ont été apportés en ce qui concerne ces procédures de contrôle comptable.*

**133. Intégration.** Les comptes publics font l'objet d'une pluralité de contrôles, politiques, administratifs ou encore juridictionnels. Ici, ce sont exclusivement les contrôles administratifs qui sont concernés, étant entendu qu'il revient à l'acteur public lui-même de mettre en place des « *contrôles comptables anticorruption* »<sup>386</sup> pour reprendre l'expression employée par l'AFA. Dès lors, ces contrôles ont vocation à s'intégrer pleinement aux procédures de contrôle existantes prévues au GBCP<sup>387</sup> et exercées tantôt par les services de l'ordonnateur – le contrôle budgétaire<sup>388</sup> –, tantôt par le comptable public, via notamment le contrôle hiérarchisé de la dépense<sup>389</sup> et le contrôle allégé partenarial<sup>390</sup>.

**134. Nébuleuse.** Les recommandations de l'AFA, si elles prennent en compte le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables et ses conséquences en termes de contrôle, proposent ensuite une méthodologie qui semble commune et qui, partant, fait fi des particularités inhérentes à chacun de ces contrôles.

Ainsi, l'agence propose d'agencer tous les contrôles selon trois niveaux<sup>391</sup>. Le premier niveau est « *effectué par les personnes en charge de la saisie et de la validation des écritures comptables* », les contrôles de second niveau sont « *réalisés par des personnes indépendantes de celles ayant réalisé les contrôles de premier niveau* » et le troisième niveau étant intégré aux « *audits comptables* »<sup>392</sup>.

### A – Enquête qualitative

**135.** Le contrôle par les procédures comptables sont ceux qui font l'objet de la compréhension moindre parmi les personnes interrogées, qui soulignent que même l'AFA est circonspecte sur la question, même si la dernière version des recommandations de l'agence

<sup>386</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 74.

<sup>387</sup> Décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

<sup>388</sup> L. LEVOYER, « Le contrôle interne budgétaire », *RFDA*, 2018, p. 783.

<sup>389</sup> Pour une présentation : J. BASSERES, « Le contrôle hiérarchisé de la dépense », *RFFP*, 2005, n°89, p. 155.

<sup>390</sup> Sur les évolutions des contrôles découlant de la LOLF, v. S. THEBAULT, « Réforme des contrôle set évolution des concepts », *RFFP*, 2011, n°spéc., p. 155 ; F. MORDACK, « Quelle réforme des contrôles financiers publics ? », *RFFP*, 2011, n°spéc., p. 151.

<sup>391</sup> Pour leur application au cycle de l'achat public, v. AFA/DAE, *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public, op. cit.*, p. 63.

<sup>392</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 75.

est beaucoup plus précise sur la question. Mais le sentiment qui demeure à l'issue de l'enquête est qu'il s'agit de la mesure la moins maîtrisée. Il convient cependant de préciser qu'aucun de nos interlocuteurs n'était comptable, ce qui tend à expliquer le manque de données sur la question.

**136. Le doute sur l'utilité de la mesure.** Ce doute est clairement formulé par une personne interrogée, qui précise le caractère « *naïf* » de la mesure en arguant que l'efficacité de procédures comptables à détecter des faits de corruption part d'un postulat selon lequel les faits de corruption ont « *une traduction en écriture comptable* ». Or, poursuit-elle, « *la corruption est par nature opaque* ». La mise en place de procédures de contrôle comptables serait donc une « *corde de rappel* »<sup>393</sup> peu opérante.

**137. Le caractère redondant de la mesure ?** La majeure partie des interviewés souligne cet aspect, en particulier ceux qui représentent une structure dotée d'un comptable public, qui ont pu souligner que les choses étaient « *déjà bien cadrées par le GBCP* »<sup>394</sup> évoquant par-là l'idée selon laquelle la séparation des ordonnateurs et des comptables d'une part et l'exercice, par ces deux acteurs de l'exécution budgétaire de contrôles qui leur sont propres d'autre part, étaient suffisants. D'autres proposent une vision opposée, en précisant qu'il est nécessaire que le comptable public « *soit pleinement associé au dispositif de contrôle* »<sup>395</sup>, sans toutefois donner de plus amples précisions. Enfin, l'une des personnes interrogées présage que la certification des comptes sera sans doute un outil intéressant en la matière.

## B – Enquête quantitative

### 138. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Votre structure a-t-elle mis en place un contrôle comptable interne permettant à l'ordonnateur de détecter d'éventuelles opérations à risques ?	12	24	33,33 %
Le comptable public de votre structure prend-il en compte le risque corruption dans son contrôle hiérarchisé de la dépense ?	10	26	27,78 %

<sup>393</sup> AC 2.

<sup>394</sup> AC 3.

<sup>395</sup> AC 10.

**139. Des données insuffisantes.** Comme au stade de l'enquête qualitative, les résultats obtenus sont insuffisants pour proposer une analyse étayée. En effet, sur les deux questions proposées, aucun commentaire n'a été laissé, si bien que seuls les chiffres bruts – en trop faible nombre – sont exploitables.

Sur la question portant sur l'existence d'un contrôle comptable de l'ordonnateur, sur 12 participants, 6 ont opté pour l'affirmative, représentant ainsi 50 % du panel. En ce qui concerne la prise en compte du risque de corruption par le comptable dans le cadre de son contrôle hiérarchisé de la dépense, les participants sont 8 sur 10 à l'affirmer, soit 80 %. Si l'on peut hasarder une esquisse d'hypothèse malgré l'insuffisance des données, cela pourrait être celle consistant à dire que les comptables publics affectés à des opérations de contrôle sont peut-être naturellement davantage sensibilisés aux techniques de contrôle et peuvent plus aisément inclure le risque de corruption dans leurs opérations.

## VIII - Le dispositif de contrôle et d'audit interne

### Résumé intermédiaire n°8

*Dernière mesure à devoir être mise en place, puisqu'elle suppose que les autres soient effectives afin, justement, d'en contrôler la pertinence, le dispositif de contrôle et d'audit interne est très peu déployé parmi les praticiens interrogés, ce qui ne permet pas véritablement de mesurer son effectivité, sinon en disant qu'il est le révélateur final du manque de maturité des dispositifs anticorruption - si tant est qu'il y en ait un - des acteurs publics.*

**140. Un contexte favorable.** Témoin d'une profonde « métamorphose de l'État »<sup>396</sup>, l'acculturation progressive de la gestion publique aux méthodes de l'entreprise s'est progressivement développée à compter des années 1980 via ce que l'on a qualifié la « Nouvelle gestion publique »<sup>397</sup>. Le mouvement s'est amplifié depuis la loi organique relative aux lois de finances du 1<sup>er</sup> août 2001, qui porte en elle une logique résolue de recherche de performance publique<sup>398</sup>. Dans ce contexte, qu'il n'est pas utile ici de développer plus en avant, la fonction de contrôle et d'audit interne<sup>399</sup> dans le secteur public, présentée dès les années 1980 comme un outil de « modernisation »<sup>400</sup>, n'a cessé de se déployer. Au niveau de l'État, cette fonction a été encadrée par un décret du 28 juin 2011 relatif à l'audit interne, complété par une circulaire du Premier ministre du 30 juin 2011<sup>401</sup>, et la diffusion de la fonction de contrôle et d'audit interne se diffuse progressivement dans les collectivités territoriales<sup>402</sup>.

Mis en perspective avec la recommandation de la mise en place d'un contrôle et d'un audit internes du dispositif anticorruption, ce contexte apparaît favorable.

**141. Un contrôle à trois niveaux.** Alors que, s'agissant des entreprises qui y sont soumises, l'article 17 de la loi Sapin 2 n'impose qu'un « dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre » sans autre précision, les recommandations de l'AFA se révèlent, à nouveau, bien plus détaillées. Ainsi, indépendamment du fait que l'entité considérée soit un acteur public ou une société privée, il est précisé que « le dispositif de contrôle peut comprendre idéalement jusqu'à trois niveaux réalisés de façon autonome »<sup>403</sup> :

- **Premier niveau** : opéré par les équipes opérationnelles ou la hiérarchie, le premier niveau consiste en des « contrôles préventifs »<sup>404</sup>, réalisés en cours de processus « de manière permanente »<sup>405</sup>. Il s'assimile donc à une forme d'autocontrôle au sein du

<sup>396</sup> M. BOUVIER, « La révision générale des politiques publiques et la métamorphose de l'État », *AJDA*, 2008, p. 329.

<sup>397</sup> V. notamment Y. CAPPOZ et P.-C. PUPION, « Le *New public management* », *Gestion et management public*, 2012, n°2, p. 1.

<sup>398</sup> V. sur ce point D. CATTEAU, *La LOLF et la modernisation de la gestion publique. La performance, fondement d'un droit public financier rénové*, Dalloz, coll. « Bibl. parlementaire et constitutionnelle », Paris, 2007.

<sup>399</sup> Pour une étude d'ensemble, v. notamment I. DE FRANCOVILLE, « Audit et contrôle internes dans le secteur public », in R. HOLCMAN [dir.], *Management public*, Dunod, Paris, 2014, p. 223.

<sup>400</sup> M. POISSON, « L'audit : un outil de progrès au service du secteur public », *Rev. adm.*, 1989, n°250, p. 370.

<sup>401</sup> H. BOULLANGER, « Le point sur l'audit interne dans le secteur public », *RFAP*, 2013, n°148, p. 1029.

<sup>402</sup> R. BRUN, *L'audit interne dans les collectivités territoriales – Enjeux, acteurs et stratégies*, Territorial Éditions, Paris, 2019.

<sup>403</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 10.

<sup>404</sup> *Ibid.*

<sup>405</sup> AFA/DAE, *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public, op. cit.*, p. 63.

service, éventuellement réalisé, pour les opérations à risque, par un autre agent que celui qui conduit le processus.

- **Deuxième niveau** : il s'agit ici d'un « *contrôle détectif* »<sup>406</sup>, réalisé régulièrement ou aléatoirement sur tout ou partie d'une opération, selon « *un plan de contrôle formalisé* »<sup>407</sup>.
- **Troisième niveau** : le troisième niveau de contrôle est l'audit interne, réalisé par des personnes « *indépendantes [...] missionnées par l'instance dirigeante* »<sup>408</sup>. Il a vocation, de manière ponctuelle et en aval de la mise en place de l'ensemble du dispositif, d'évaluer « *l'efficacité et l'efficience du contrôle interne* »<sup>409</sup>, et, éventuellement, de proposer des correctifs.

### A – Enquête qualitative

**142.** Ultime mesure, le dispositif de contrôle et d'audit interne à trois niveaux fait l'objet d'une mise en œuvre particulièrement hétérogène.

**143. Une différence de rythme.** Sans surprise, ce dernier pilier, qui suppose l'existence d'un dispositif anticorruption complet et en service avant de pouvoir se déployer, n'est mis en place que dans les structures les plus avancées sur la question. Ainsi, toutes les personnes représentant des autorités contractantes qui sont en train de mettre en place le dispositif ou dont le dispositif est très récent précisent que les contrôles sont en projet ou en train d'être mis en place. On note ici, fort logiquement encore, que les structures qui ont un dispositif de contrôle et d'audit interne sont, pour majeure partie, des entreprises publiques soumises à l'article 17 de la loi Sapin 2.

**144. Esquisse de difficultés de mise en œuvre.** Seules deux personnes interviewées apportent des précisions quant à la mise en œuvre effective des contrôles et audits. Si l'une précise que sa structure a mis en place les trois niveaux de contrôle sans que cela ne pose de problème<sup>410</sup>, l'autre estime que là où le contrôle de troisième niveau -l'audit- n'est nullement problématique, il n'en va pas de même pour les deux autres qui présentent la double difficulté pratique « *de motiver les agents* » et de procéder à un « *contrôle du management* »<sup>411</sup>, en particulier s'agissant du 2<sup>ème</sup> niveau. Mais, en tout état de cause, les retours de terrains sont ici trop peu importants pour en tirer des conclusions.

<sup>406</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 10.

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>409</sup> AFA/DAE, *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public, op. cit.*, p. 64.

<sup>410</sup> AC 9.

<sup>411</sup> AC 2.

## B – Enquête quantitative

### 145. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Existe-t-il un dispositif de contrôle interne du dispositif anticorruption ?	20	16	55,56 %
Si oui à la question précédente. Ce dispositif est-il décliné en trois niveaux selon les recommandations de l'Agence française anticorruption ?	3	33	8,33 %

**146. La cinquième roue du carrosse.** Ainsi que cela avait été constaté dans l'enquête qualitative, la huitième mesure est celle qui est la moins mise en place, ce qui s'explique par le fait que, temporellement, elle n'a lieu d'être qu'une fois qu'un dispositif anticorruption complet est fonctionnel dans la structure. Étant entendu que ce n'est pas le cas dans la majeure partie de celles auxquelles appartiennent les participants au questionnaire, il n'est pas étonnant de constater que sur 20 répondants, seulement 3 affirment avoir mis en place un tel dispositif de contrôle, soit 15 %. Pour appuyer ce constat, il convient de mettre ce chiffre en perspective avec le fait que sur les 20 répondants, 5 sont des acteurs publics soumis aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2.

Enfin, bien que cela soit anecdotique du fait de la trop faible participation, sur les 3 affirmant avoir mis en place un dispositif de contrôle, 2 précisent que celui-ci se fait selon trois niveaux, conformément aux recommandations de l'AFA.

## IX - Le régime disciplinaire

### Résumé intermédiaire n°9

*S'agissant des acteurs publics, le régime disciplinaire n'est pas, a priori problématique puisque celui-ci préexiste à la loi Sapin 2 et est une composante plus générale du droit de la fonction publique. Si, au regard des données recueillies au stade de l'enquête quantitative, il n'est pas certain que l'attitude consistant à avoir une vigilance accrue face au risque de manquements au devoir de probité soit effective, un autre sujet a été mis en lumière par l'enquête qualitative : celui de l'absence d'un régime disciplinaire encadré concernant les élus, ce qui est de nature à limiter l'effectivité de la mesure s'agissant des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.*

**147. L'application du régime de droit commun s'agissant des agents publics.** Ainsi que le précisent les recommandations de l'AFA, « *le régime disciplinaire correspond aux sanctions qu'un acteur public est susceptible de prendre à l'encontre d'un collaborateur dont le comportement est fautif* »<sup>412</sup>. Dès lors, ce sont les dispositions des articles L.530-1 et suivants du Code général de la fonction publique qui trouvent naturellement à s'appliquer, notamment s'agissant de la procédure, étant entendu qu'un « *manquement au code de conduite* »<sup>413</sup> peut parfaitement s'inscrire dans ce régime. Un agent public peut donc être sanctionné du fait de ces manquements, sous le contrôle du juge qui, rappelons-le, exerce un contrôle entier en la matière<sup>414</sup>.

**148. L'absence de régime disciplinaire des élus.** La question des élus est bien plus délicate à appréhender. Élus par le peuple, ceux-ci ne disposent pas, à proprement parler d'un authentique régime disciplinaire. Certes, un vaste mouvement de moralisation de la vie publique s'est fait jour, véhiculé par de nombreux textes, en particulier la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, la loi du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, qui a notamment introduit un article L.1111-1-1 au Code général des collectivités territoriales contenant la charte de l'élu local, document « *sans valeur normative* »<sup>415</sup> récemment modifié à la marge par la loi 3DS du 21 février 2022<sup>416</sup>, ou enfin la loi du 15 septembre 2017 relative à la confiance dans la vie politique<sup>417</sup>. Mais l'essai est loin d'être transformé, même si un statut de l'élu local commence à apparaître « *en filigranes* »<sup>418</sup>. En particulier, à l'exception de la répression pénale, les élus ne peuvent réellement souffrir que

<sup>412</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 78.

<sup>413</sup> *Ibid.*

<sup>414</sup> CE, Ass., 13 nov. 2013, *Dahan*, n°347704.

<sup>415</sup> A. HACQUET, « Le statut de l'élu local en filigrane », *AJDA*, 2015, p. 1210.

<sup>416</sup> En particulier, il est désormais possible aux élus de consulter le référent déontologue, ce qui n'était pas prévu jusqu'à lors et était vivement critiqué : v. É. UNTERMAIER-KERLEO, « Pas de référent déontologue pour les élus ! », *AJCT*, 2020, p. 1.

<sup>417</sup> V. P. VILLENEUVE, « Nouvelles obligations, nouvelles contraintes, nouvel impératif déontologique pour les élus locaux », *AJCT*, 2017, p. 612.

<sup>418</sup> A. HACQUET, « Le statut de l'élu local en filigrane », *op. cit.*

d'une sanction électorale, puisque même leur responsabilité devant les juridictions financières est, sauf exceptions très particulières, exclue<sup>419</sup>.

Cette limite se perçoit très nettement dans les recommandations de l'AFA selon lesquelles, le régime disciplinaire en cas de manquement au devoir de probité se limite s'agissant des élus, sans préjudice d'une éventuelle procédure pénale, à la possibilité de « *modifier le périmètre de la délégation confiée à l'élu en question* » ou celle de « *l'exclure de certaines instances, comme la commission d'appel d'offres* »<sup>420</sup>.

## A – Enquête qualitative

**149.** Le régime disciplinaire est par nature différent selon que la structure considérée est une personne publique employant des agents publics ou une personne privée ou un EPIC employant des personnes qui ne sont pas aux dispositions statutaires pour les fonctionnaires ou « quasi statutaires » pour les contractuels du nouveau code de la fonction publique et des décrets généraux ou sectoriels non encore codifiés.

**150. Personnes publiques : une divergence agents / élus.** À l'évidence, en ce qui concerne les agents publics, il n'y a « *pas vraiment de sujet* »<sup>421</sup>, ceux-ci sont soumis au régime disciplinaire propre à leur statut. Mais il est néanmoins possible, comme le précise le représentant d'une collectivité territoriale, de rappeler dans le code de conduite, pour chaque action explicitée, « *les sanctions disciplinaires de droit commun* »<sup>422</sup> applicables, ceci afin de clarification.

Le cas des élus est, quant à lui, davantage problématique puisqu'« *il n'y a pas vraiment de régime disciplinaire* »<sup>423</sup>. Deux voies sont donc imaginées par les personnes interrogées, mais qui peuvent se trouver « *politiquement difficiles à mettre en œuvre* »<sup>424</sup>. La première est informative, elle consiste simplement à rappeler aux élus quelles sont les infractions pénales et les sanctions qu'ils encourent en cas de délit. La seconde, plus aboutie, consiste à imaginer un régime disciplinaire interne qui pourrait s'insérer dans les limites de ce que le droit permet, avec des sanctions pouvant aller un « *rappel déontologique* » à la « *révocation de délégation* »<sup>425</sup>. Naturellement, en l'absence d'un cadre général, les collectivités se trouvent démunies.

**151. Personnes privées et établissements publics à caractère industriel et commercial.** Ici, les pratiques sont davantage variées. Mais au-delà de la diversité des régimes observés, l'enquête a permis de discerner une posture largement partagée. Celle-ci est assez

---

<sup>419</sup> H. HABCHI et L. PICHOT-DELAHAYE, « Quelle responsabilité des élus locaux devant la CDBF », *JCP A*, 2018, n°24, 2182. Précisons que cet aspect a été maintenu par l'ordonnance du 23 mars 2022 modifiant le régime de responsabilité financière des gestionnaires publics.

<sup>420</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 80.

<sup>421</sup> AC 8.

<sup>422</sup> AC 3.

<sup>423</sup> *Ibid.*

<sup>424</sup> *Ibid.*

<sup>425</sup> AC 8.

claire et liée au caractère « *essentiel* »<sup>426</sup> que revêt le respect de la probité auprès des entreprises publiques sondées : la pratique d'une « *politique de tolérance zéro* »<sup>427</sup>, laquelle, chez une personne interviewée, se matérialise par une incise claire : « *on préfère le risque d'un contentieux [du travail] à celui de travailler avec quelqu'un qui n'est pas parfaitement probe* »<sup>428</sup>.

En ce qui concerne le régime, il est, pour tous les interviewés, « *classique* »<sup>429</sup> ou répondant à « *des procédures habituelles* »<sup>430</sup>. Parfois, il est intégré au règlement intérieur de la société ou de l'établissement<sup>431</sup>. Une personne interrogée a par ailleurs précisé qu'il avait fait l'objet d'une consultation des instances représentatives du personnel et qu'il avait été « *annexé au contrat de travail* » de chacun des salariés<sup>432</sup>.

## B – Enquête quantitative

### 152. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Avez-vous déjà pu constater des sanctions disciplinaires liées à des faits potentiellement qualifiables de manquements au devoir de probité ?	20	16	55,56 %
En matière disciplinaire, estimez-vous que votre structure a un degré de vigilance accru en ce qui concerne les faits potentiellement qualifiables de manquements au devoir de probité ?	18	18	50 %

**153. Un sujet noyé dans la pratique disciplinaire commune ?** Sans surprise, à la question de savoir s'ils avaient déjà été témoins de sanctions disciplinaires liées à des faits potentiellement qualifiables de manquements au devoir de probité, seuls 2 participants sur 20 répondent positivement, soit 10 %.

La seconde question, qui visait à mesurer si le degré de vigilance était accru s'agissant des faits potentiellement qualifiables de manquements au devoir de probité par rapport aux autres faits pouvant entraîner des sanctions disciplinaires, n'apporte pas suffisamment d'enseignements. 8 participants sur 18 y répondent positivement, ce qui représente 44,44 %, mais aucun d'entre eux ne précise sa réponse en commentaire. On ne peut donc qu'apercevoir, de manière trop lointaine pour l'affirmer avec certitude, une légère tendance à la sévérité en ce

<sup>426</sup> AC 9.

<sup>427</sup> AC 2.

<sup>428</sup> *Ibid.*

<sup>429</sup> AC 9.

<sup>430</sup> AC 11.

<sup>431</sup> AC 4.

<sup>432</sup> AC 2.

qui concerne la probité publique, mais il serait hasardeux d'en tirer la moindre conclusion définitive.

## Section II

# Les mesures de prévention de la corruption mises en œuvre par les opérateurs économiques

### Résumé d'étape n°2

Sans que cela ne surprenne, l'appropriation de la logique de *compliance* est largement plus étendue s'agissant des opérateurs économiques. Bien entendu, de la même manière que s'agissant des autorités contractantes, les enquêtes ici conduites comportent un biais résidant dans le fait que la totalité des personnes interrogées dans le cadre de l'enquête qualitative sont collaboratrices d'entreprises soumises aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2 et que s'agissant de l'enquête quantitative, 87,5 % des sondés sont dans cette même situation. Dès lors, une réalité, celle des PME ou des ETI n'excédant pas les seuils d'applicabilité de l'article 17, n'est pas explorée.

Néanmoins, les enquêtes ont permis de mettre en lumière tout à la fois les méthodes vertueuses et les difficultés intrinsèques à chacune des mesures précisées par la loi et les recommandations de l'Agence française anticorruption. Ici encore, il convient de renvoyer, pour le détail, aux différents résumés intermédiaires, mais de préciser tout de même qu'ici encore, la réalité est profondément hétérogène, ce qui au demeurant est le signe d'une bonne appropriation de la logique par les opérateurs économiques puisque, précisément, un dispositif anticorruption pertinent doit être adapté aux réalités de l'entreprise.

Une mesure, tout de même, reste globalement peu effective s'agissant du cas particulier des contrats publics : l'évaluation des tiers. Du fait de la faible connaissance de la logique par les autorités contractantes, les entreprises interrogées sont souvent confrontées à de l'incompréhension voire à de la circonspection de la part d'acheteurs publics auxquels il est demandé de répondre à un questionnaire d'évaluation. Le contrat étant, par sa nature même, le moment évident de l'évaluation des tiers, l'absence d'une communion de régimes s'agissant des dispositifs anticorruption entre personnes publiques et personnes privées aboutit à une perte d'intérêt de cette mesure précise dans les contrats publics.

**154. Droit et réalité économique.** Contrairement aux personnes publiques, les sociétés privées font l'objet, si elles excèdent les seuils mentionnés à l'article 17 de la loi Sapin 2, d'une obligation pour la mise en place des huit mesures anticorruption, auxquelles il convient d'ajouter l'engagement de l'équipe dirigeante. Par ailleurs, seules les sociétés soumises à ces obligations peuvent faire l'objet d'une sanction de la commission des sanctions de l'AFA. Il y a donc, au plan juridique, une ligne de partition claire : là où, schématiquement,

« *les grandes sociétés et les grands groupes* »<sup>433</sup> ont dû mettre en place un dispositif de *compliance* anticorruption, ce n'est pas le cas pour les plus petites entreprises.

Cependant, l'observation du terrain révèle une réalité autrement plus complexe et deux remarques introductives doivent être mentionnées. D'abord, on imagine bien que cette ligne de partition n'échappe pas à un effet de seuil, puisqu'il est entendu que la mise en place du dispositif anticorruption suppose de mettre en œuvre des moyens qui, s'ils peuvent varier en fonction de la taille de l'entreprise, comportent une part irréductible. On présage donc d'une part que les entreprises dont le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires excède tout juste le seuil éprouvent des difficultés bien plus importantes à mettre en œuvre ces obligations. D'autre part, la donne pourrait être analogue pour les entreprises qui n'excèdent pas ces seuils, mais qui appartiennent à un groupe qui, lui, l'excède, d'autant plus qu'il y a, les concernant, une certaine forme d'inégalité, la loi Sapin 2 ne soumettant pas les filiales dont la société mère n'a pas son siège en France. Ensuite, la soumission immédiate des entreprises aux obligations de l'article 17 a pu faire naître une disparité entre d'un côté des entreprises bien insérées dans le commerce international ou disposant d'une « *expérience* »<sup>434</sup> dans ce domaine et qui s'étaient déjà saisies de la question de la conformité et les autres qui ont pu percevoir ces nouvelles exigences comme un véritable « *défi* »<sup>435</sup>, voire un bouleversement brutal, « *à la fois pratique et culturel* »<sup>436</sup>.

Ces intuitions se trouvent confirmées par les enquêtes conduites.

- **Enquête qualitative** : 7 représentants d'opérateurs économiques ont été interrogés dans le cadre de l'enquête qualitative, tous salariés d'une société soumise aux obligations de l'article 17, mais appartenant à des secteurs variés et ne présentant naturellement pas les mêmes nombres de salariés et chiffre d'affaires. La première question, d'ordre général, posée à nos interlocuteurs consistait à savoir s'ils avaient éprouvé des difficultés dans la mise en place des obligations de la loi Sapin 2. L'on constate alors une certaine diversité, résumée ainsi par une personne interviewée : « *tout dépend de la taille de l'entreprise et de la conscience de la direction générale de l'importance du sujet* »<sup>437</sup>. Sur la taille de l'entreprise, là où les plus grandes d'entre elles affirment n'avoir pas connu de difficulté majeure, notamment celles qui étaient « *habituées à l'export* »<sup>438</sup> et qui n'avaient « *pas attendu* »<sup>439</sup> la loi Sapin 2 pour se doter d'un dispositif anticorruption, d'autres, de taille plus modeste, précisent que la mise en place d'un programme de conformité « *ne se fait pas du jour au lendemain* »<sup>440</sup> et que cela a supposé des moyens très importants. Cette question a, par ailleurs, pu faire dériver certains interviewés sur l'opportunité d'élargir le champ d'application de la

<sup>433</sup> J. HEINICH, « Loi Sapin 2 : création d'une obligation de vigilance anticorruption dans les grandes sociétés et groupes de sociétés », *Dr. des sociétés*, 2017, n°2, comm. 26.

<sup>434</sup> CONS 2.

<sup>435</sup> X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.*, 2017, p. 1619.

<sup>436</sup> P. LE FEVRE, « Les nouvelles obligations anticorruption pesant sur les grandes entreprises : un bouleversement à la fois pratique et culturel », *op. cit.*

<sup>437</sup> OE 3.

<sup>438</sup> OE 2.

<sup>439</sup> OE 4.

<sup>440</sup> OE 7.

l'article 17 de la loi Sapin et l'on a pu constater une certaine opposition entre ceux qui considèrent comme « *scandaleux que les PME n'y soient pas soumises* »<sup>441</sup> et ceux qui présagent qu'une telle soumission, compte tenu des moyens à mettre en œuvre, présenterait un risque « *d'asphyxie* »<sup>442</sup> économique pour les plus petites structures. Il semblerait qu'il faille, sur ce point, trouver un équilibre puisque bien que les PME ne soient pas assujetties à la mise en place d'un programme anticorruption, elles demeurent contrôlées dans le cadre de l'évaluation des tiers, ce qui constitue l'ambition du nouveau *Guide pratique anticorruption à destination des PME et des petites ETI*<sup>443</sup>. En ce qui concerne la question de la sensibilisation, on remarque là encore des divergences. Certaines entreprises semblent voir la loi Sapin 2 comme une lourdeur administrative présentant des coûts « *considérables* »<sup>444</sup>. D'autres la considèrent comme une « *opportunité pour les entreprises* »<sup>445</sup> en soulignant que la corruption présente en soi un « *risque économique* »<sup>446</sup> qui peut s'avérer « *léta*l »<sup>447</sup>, notamment en termes d'image et de possible fermeture, en cas d'occurrence du risque, de leur accès à la commande publique. Pour un conseil, cela dépend aussi des « *expériences* »<sup>448</sup> passées de l'entreprise. Ainsi, une société ayant déjà éprouvé des cas de corruption sera plus sensible qu'une autre, qui dans sa pratique n'a pas été confrontée à la question. Il y a donc bel et bien une double question de taille et de conscience.

- **Enquête quantitative** : de la même manière que lors de l'enquête qualitative, la première question visait à déterminer les entreprises auxquelles appartiennent les participants avaient mis en place les mesures de l'article 17 de la loi Sapin 2. 16 participants ont répondu à cette question, dont 13 par l'affirmative, soit un taux de 81,25 %. Pour le détail, sur ces 16 personnes, 14 appartiennent à une entreprise soumise aux obligations de l'article 17. Sans surprise, les 2 participants dont l'entreprise n'excède pas les seuils précisent que les mesures n'ont pas été mises en place. Plus étonnant, une personne appartenant à une entreprise soumise à l'article 17 affirme que de telles mesures n'ont pas été mises en place dans sa structure. Ces chiffres témoignent – dans la mesure de leur faible représentativité – d'une réelle effectivité des dispositions de la loi Sapin 2 s'agissant des grandes entreprises, mais d'une faible prise en compte par les entreprises non soumises à l'article 17.

**155. Plan.** Le plan ici adopté sera le même que celui de la section précédente, à savoir :

- Engagement de l'instance dirigeante (I) ;
- Cartographie des risques (II) ;
- Code de conduite (III) ;

---

<sup>441</sup> OE 4.

<sup>442</sup> OE 3.

<sup>443</sup> [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide%20pratique\\_PME-ETI.PDF](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide%20pratique_PME-ETI.PDF)

<sup>444</sup> OE 7.

<sup>445</sup> OE 1.

<sup>446</sup> OE 6.

<sup>447</sup> OE 3.

<sup>448</sup> CONS 2.

- Formation **(IV)** ;
- Évaluation des tiers **(V)** ;
- Dispositif d'alerte interne **(VI)** ;
- Procédures comptables **(VII)** ;
- Contrôle et évaluation de l'ensemble du dispositif **(VIII)** ;
- Régime disciplinaire **(IX)**.

## I - L'engagement de l'instance dirigeante

### Résumé intermédiaire n°1

Il ressort des enquêtes qualitative et quantitative que les opérateurs économiques ont parfaitement compris le caractère décisif que revêt l'engagement de l'instance dirigeante. Celui-ci est nettement ressenti par les personnes interrogées et se matérialise bien souvent de multiples façons, via des engagements de nature organisationnelle, communicationnelle ou comportementale.

**156. Unité.** S'agissant des opérateurs économiques soumis aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2, l'engagement de l'instance dirigeante, ici encore décrite par les recommandations de l'AFA comme le « *premier pilier* » poursuivant une fonction de fondation de l'ensemble du dispositif, apparaît moins diffus qu'en ce qui concerne les collectivités publiques. En effet, la partition entre élus et directeurs administratifs n'existant naturellement pas, l'instance dirigeante s'apprécie davantage dans son unité. En effet, les recommandations de l'agence visent systématiquement « *les présidents, directeurs généraux* », « *gérants* » ou « *membres du directoire* » des sociétés assujetties.

De ce point de vue là, le développement d'un véritable engagement de l'instance dirigeante apparaît, pour les opérateurs économiques, plus aisé au plan organique. Bien entendu, si l'on y ajoute d'autres considérations, liées au fait que l'AFA porte aussi son contrôle sur cette mesure pourtant non contenue dans la loi, l'on peut supposer un engagement plus visible des instances dirigeantes des opérateurs économiques, par rapport à ce qui a pu être observé s'agissant des autorités contractantes.

### A – Enquête qualitative

**157.** L'engagement de l'instance dirigeante ne semble pas poser de grandes difficultés pratiques. Les entreprises que nous avons interrogées ont pleinement pris la mesure de l'importance de cet élément, qu'elles mettent au même plan que les huit autres piliers alors que, pourtant, il n'est pas mentionné expressément à l'article 17 de la loi Sapin 2. L'une de celles qui ont été interrogées lui accorde même la primauté : « *l'engagement de l'instance dirigeante est le fondement sur lequel se bâtit tout l'édifice de la conformité* »<sup>449</sup>. Ceci explique que les données recueillies ne soient pas très importantes, en l'absence d'un véritable sujet, les personnes interrogées ne s'y attardaient guère. Il n'empêche que plusieurs exemples de manifestations de cet engagement nous ont été évoqués, démontrant une grande diversité des pratiques, qui demeurent orientées vers un objectif similaire.

**158. Un engagement organisationnel.** Seul un représentant d'entreprise nous fait état explicitement d'une matérialisation de l'engagement de l'instance dirigeante en termes d'organisation, avec la mise en place d'une « *direction des risques et de la*

<sup>449</sup> OE 3.

*compliance* »<sup>450</sup>. Toutefois, on peut supposer sans guère de doutes que l'ensemble de nos interlocuteurs appartiennent à une structure dotée d'un service analogue, c'est-à-dire d'un service qui va au-delà de la simple désignation d'un responsable de la conformité. Naturellement, il y a ici un biais lié au fait que l'ensemble des personnes interrogées appartiennent, ainsi que cela a été dit, à des structures d'une taille importante, qui leur permet de dédier des moyens humains non négligeables à la problématique de la conformité.

**159. Un engagement communicationnel.** Sur ce point, la diversité est plus perceptible. Il y a, en réalité, deux aspects à cet engagement communicationnel. D'abord, un aspect statique, absolument nécessaire et qui peut se matérialiser selon une pluralité de manières : « *posters d'entreprise, bandes dessinées* »<sup>451</sup>, « *vidéos et messages de la direction* »<sup>452</sup> ou encore élévation de l'intensité du discours à un « *niveau prioritaire* »<sup>453</sup>. Ensuite, un aspect dynamique, non moins important et sur lequel insistent plusieurs personnes interrogées. Selon ces personnes, il est indispensable qu'il y ait un « *véritable suivi* »<sup>454</sup>, par exemple via une « *actualité compliance* »<sup>455</sup> périodique, ou des « *campagnes de sensibilisation et séminaires autour de l'éthique* »<sup>456</sup> réguliers.

Naturellement, tous les moyens sont bons pour que se diffuse dans l'entreprise une véritable culture de la conformité, mais il est primordial d'assurer une communication claire, sans équivoque et, peut-être surtout, sans éclipse, ceci afin que l'engagement de l'équipe dirigeante soit « *réel* »<sup>457</sup> et ne revête pas simplement une valeur cosmétique.

**160. Un engagement comportemental.** Une personne interviewée précise que l'engagement de l'équipe dirigeante a également été perceptible dans un « *changement de comportement de la direction* » vis-à-vis des faits de corruption. Elle explique que « *pendant très longtemps, un comportement déviant était vu d'un œil passif par l'entreprise* », alors que depuis une dizaine d'années, la politique de son entreprise est de « *systématiquement* » se porter partie civile dans le cas où l'un de ses salariés se trouve renvoyé devant les juridictions pénales pour de tels faits. Par ailleurs, il est arrivé, raconte-t-elle, que son entreprise délivre « *des citations directes à l'encontre de ses propres salariés* » ce qui, selon elle, est la marque d'un profond engagement des dirigeants en faveur d'une politique ferme de tolérance zéro vis-à-vis de la corruption. Mais, conclut-elle, c'est loin d'être le cas dans toutes les entreprises et il existe encore des sociétés qui forment leurs salariés sur comment se comporter en garde à vue<sup>458</sup>.

---

<sup>450</sup> OE 5.

<sup>451</sup> OE 4.

<sup>452</sup> OE 7.

<sup>453</sup> OE 5.

<sup>454</sup> OE 7.

<sup>455</sup> *Ibid.*

<sup>456</sup> OE 4.

<sup>457</sup> OE 3.

<sup>458</sup> OE 4.

## B – Enquête quantitative

### 161. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Constatez-vous un engagement de l'équipe dirigeante (par exemple discours, prises de position, investissement des dirigeants dans la mise en place des mesures, participation des dirigeants aux formations...) en matière de prévention de la corruption dans votre entreprise ?	15	12	55,56 %
Si oui à la précédente question. Comment se matérialise cet engagement ?	10	17	37,04 %

**162. Un engagement largement perçu.** Sur les 15 participants ayant répondu à la question de savoir s'ils percevaient un réel engagement de l'instance dirigeante de leur entreprise s'agissant de la prévention de la corruption, 14 répondent positivement, soit 93,33 %. Il est à noter qu'un participant ayant affirmé qu'aucune mesure de prévention de la corruption n'avait été mise en place dans son entreprise, précise tout de même ressentir un engagement de ses dirigeants sur ce sujet, ce qui peut paraître étonnant. En tout état de cause, le premier pilier semble bien intégré et bien effectif, ce qui se confirme par les précisions apportées par 10 participants à la question suivante portant sur la matérialisation de l'engagement.

**163. Un engagement organisationnel.** L'engagement de l'instance dirigeante par la création voire la participation à une structure dédiée au sein de l'entreprise, perçu au stade de l'enquête qualitative, se trouve largement confirmé par l'enquête quantitative. En effet, 6 participants sur 10 font expressément état de cette forme d'engagement. 4 d'entre eux précisent que l'organisation de la société a été modifiée pour que la fonction éthique et *compliance* bénéficie d'une certaine « visibilité », via « un service support dédié », la « création d'une direction », pouvant par exemple prendre la forme d'un « comité des risques ». 2 autres détaillent davantage l'engagement de l'instance dirigeante en précisant que celle-ci s'implique directement dans ces structures dédiées. L'un constate une « participation des dirigeants au comité éthique », l'autre précise que « le président de la société est président du comité éthique », témoignant ainsi d'un engagement véritablement personnel de la plus haute instance dirigeante de l'entreprise dans la fonction *compliance*.

**164. Un engagement communicationnel.** L'engagement de l'instance dirigeante en termes communicationnels est rapporté par 5 participants sur 10, qui précisent

par ailleurs le caractère régulier de cette communication. Naturellement, les canaux de communication sont variés, pouvant aller de simples « *déclarations de la direction* », « *discours répétés* » à des « *points réguliers sur cette matière en COMEX* », voire à des « *interventions filmées ou écrites des dirigeants* » accompagnées de la « *signature d'engagements personnels* ». Il ne s'agit pas ici d'apprécier la pertinence de tel ou tel canal de communication, ceux-ci ne pouvant être jugés dans l'absolu puisqu'ils doivent être adaptés aux réalités empiriques de l'entreprise. Mais il semble bien qu'à cet égard, les prescriptions des recommandations de l'AFA sur ce point déterminant soient globalement bien respectées.

## II - La cartographie des risques

### Résumé intermédiaire n°2

L'enquête qualitative révèle que les opérateurs économiques se saisissent globalement bien de la cartographie des risques, avec un bon niveau de conscience de son importance décisive dans la globalité du dispositif anticorruption. Toutefois, certains indices de l'enquête quantitative tendent à montrer que certains opérateurs n'ont pas totalement intégré la logique impulsée par l'AFA selon laquelle la cartographie des risques constitue le fondement du dispositif, duquel découlent les autres mesures.

En ce qui concerne les difficultés pratiques de l'élaboration de la cartographie, celles-ci ne semblent pas insurmontables et se résument généralement à une question de moyens.

Enfin, les contrats publics sont souvent identifiés comme des procédures particulièrement risquées, bien que l'enquête quantitative ait démontré que ce n'était pas une constante absolue.

**165. Superposition ?** Si la loi Sapin 2 est la première à générer une « obligation légale spéciale »<sup>459</sup> d'élaboration d'une cartographie des risques, n'est plus la seule. En effet, la loi 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre prévoit, en son article premier que « Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance » et participe, de la même manière que la loi Sapin 2, d'une volonté de « responsabilisation des acteurs économiques »<sup>460</sup>. Ce plan de vigilance, de nature à identifier les risques et à prévenir des atteintes aux droits humains, aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes et à l'environnement, comporte, en premier lieu, « une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation »<sup>461</sup>. Naturellement, le champ d'application matériel de ce texte n'est pas identique à celui de la loi Sapin 2, laquelle, au regard des seuils fixés en son article 17, doit recevoir une application plus large. Mais il convient de préciser que toute société soumise à la loi Vigilance est aussi soumise à la loi Sapin 2, et donc à une double obligation légale d'établir une cartographie des risques, visant des risques différents.

Pourtant, rien n'est précisé dans les recommandations de l'AFA sur la possibilité de fusionner les deux cartographies en un document unique, voire l'opportunité de dresser une cartographie encore plus large, comportant, par exemple, les risques de cyberattaque, ce qu'appelle de ses vœux une partie de la doctrine<sup>462</sup>.

<sup>459</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Théorie juridique de la cartographie des risques », *op. cit.*

<sup>460</sup> X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *op. cit.*

<sup>461</sup> Pour la mise en œuvre pratique de ce texte, v. notamment B. TEYSSIE, « Le plan de vigilance. Trois années d'application », *D.*, 2021, p. 1823.

<sup>462</sup> V. en ce sens G. PERONNE et E. DAOUD, « Loi Sapin II, Loi Vigilance et RGPD. Pour une approche décloisonnée de la *compliance* », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 584.

**166. Sanctions.** Assez logiquement, la cartographie des risques, en tant que « *pièce centrale* »<sup>463</sup> du dispositif, est un élément particulièrement contrôlé par l'AFA, qui considère cette mesure comme le pilier sur lequel reposent les autres mesures. Il n'est donc pas étonnant que dans les deux décisions rendues par la commission des sanctions, des griefs sur la cartographie des risques aient été avancés et l'aient été au premier chef. En particulier, dans la première décision rendue par la commission des sanctions le 4 juillet 2019, le directeur de l'AFA faisait grief à la société en cause d'avoir retenu une méthodologie ne permettant que d'établir des risques « *génériques* », non véritablement en phase avec les réalités de l'entreprise. Mais, eu égard aux efforts consentis par l'entreprise entre le contrôle et le prononcé de sa décision par la commission, celle-ci ne retenait pas ce grief comme un motif de sanction<sup>464</sup>. Dans la décision ultérieure, la commission des sanctions apportait d'importantes précisions quant à l'administration de la preuve en estimant d'abord que « *dans l'hypothèse où la personne mise en cause a, à cet égard, suivi la méthode préconisée par l'Agence elle-même dans les recommandations générales publiées au Journal officiel le 22 décembre 2017, cette personne doit être regardée comme apportant des éléments suffisants, sauf au directeur de l'Agence à démontrer qu'elle n'a pas, en réalité, suivi ces recommandations, en les appliquant de manière incorrecte ou incomplète* », ensuite qu'« *il appartient, par conséquent, au directeur de l'Agence de démontrer en quoi cette recommandation n'a pas été effectivement suivie par la société. S'il peut invoquer, pour ce faire, la mise en œuvre incorrecte ou incomplète de cette recommandation, il ne peut, en revanche, utilement s'appuyer ni sur la méconnaissance de prescriptions, notamment formelles ou méthodologiques, qui, faute d'être énoncées par cette recommandation, ne résulteraient que d'une doctrine de contrôle non publiée par l'Agence, ni sur la méconnaissance d'exigences ajoutées par cette recommandation à celles prévues par la loi, qui est seule compétente pour imposer à des entreprises des obligations dont la méconnaissance serait passible de sanctions de nature de celles encourues au titre de la loi du 9 décembre 2016* »<sup>465</sup>. Ce faisant, la commission des sanctions établit une charge de la preuve selon une double dialectique, justifiée par une asymétrie d'information entre l'accusation, ici le directeur de l'Agence, et la défense. Dès lors, « *la difficulté d'apporter la preuve d'un manquement aux obligations de compliance peut conduire à admettre que l'organe de poursuite n'établisse qu'une simple vraisemblance de manquement, tandis que la plus grande aptitude à la preuve des entreprises poursuivies justifie que leur soit attribuée la charge de démontrer le respect de leurs obligations* »<sup>466</sup>.

**167. L'élaboration de la cartographie des risques.** La méthodologie générale de l'élaboration de la cartographie des risques anticorruption, s'agissant des entreprises, est la même que concernant les acteurs publics, les recommandations de l'AFA

<sup>463</sup> M. SEGONDS, « Les "piliers" de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 consolidés par la décision du 4 juillet 2019 de la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption ? », *RICEA*, 2019, n°6, 199.

<sup>464</sup> Comm. de sanctions de l'AFA, 4 juil. 2019, *Sté S SAS et Mme C*, n°19-01.

<sup>465</sup> Comm. de sanctions de l'AFA, 7 fév. 2020, *Sté I et M. C. K.*, n°19-02.

<sup>466</sup> N. IDA, « La charge de la preuve en matière de *compliance* : réflexion à partir de la décision *Imerys* », *Rev. stés.*, 2020, p. 464.

développant les mêmes six étapes précédemment décrites<sup>467</sup>. Bien entendu, les entreprises sont libres de développer une méthodologie propre, à la condition qu'elle soit de nature à générer une cartographie des risques effective et pertinente.

### A – Enquête qualitative

**168.** L'enquête qualitative révèle, globalement, un sentiment assez mitigé en ce qui concerne la cartographie des risques. Quand certaines personnes interrogées relèvent les aspects positifs de la cartographie pour une entreprise, en ce qu'elle « *permet de se prémunir réellement d'une multitude de risques auxquels nous n'avions pas forcément pensé* »<sup>468</sup>, d'autres soulèvent avant tout la lourdeur du processus.

**169. Du temps et des moyens.** La grande majorité des entreprises qui ont été sondées révèle qu'il ne s'agit pas d'une mesure qui, en tant que telle, est difficile à mettre en œuvre, mais qu'en revanche, elle suppose « *beaucoup de temps* » et la mobilisation d'un nombre considérable de collaborateurs, qu'il faut à tout le moins interroger pour identifier les risques auxquels ils sont exposés et leur degré. En réalité, à l'exception de cette question de moyens, la seule véritable difficulté qui a été soulevée a été celle d'un manque de précisions quant à la méthode à employer. Plusieurs personnes interrogées rappellent à ce propos que les recommandations de l'AFA ont « *tardé à être publiées* »<sup>469</sup>, ce qui a supposé d'avancer à tâtons, de procéder selon une démarche « *assez empirique* »<sup>470</sup>. Plus particulièrement, il a été soulevé que, dans un premier temps, il avait été « *difficile de mesurer le passage du risque théorique au risque pratique, du risque brut au risque net* », pour la simple et bonne raison qu'au moment où la première cartographie avait été réalisée, il n'y avait aucun moyen d'évaluer la pertinence des contre-mesures<sup>471</sup>.

Mais il ressort de l'enquête que ces difficultés appartiennent désormais au passé, que les entreprises ont désormais « *bien compris la mécanique* »<sup>472</sup> et que tout se résume désormais à un travail certes « *lourd* »<sup>473</sup>, puisqu'il suppose une mise à jour régulière, mais ne présentant pas de difficulté particulière.

Sur ce point, un représentant d'un opérateur économique attire l'attention sur une « *variable à prendre en compte* », à savoir la « *taille de l'entreprise* », en arguant que si ce n'est « *pas difficile en soi* », les moyens à mobiliser sont tels que « *pour un patron de PME, cela va sembler littéralement insurmontable* »<sup>474</sup>.

**170. Une question de curseur.** Une entreprise précise néanmoins avoir éprouvé des difficultés dans la détermination du périmètre de la cartographie des risques. Son

<sup>467</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit., p. 19.*

<sup>468</sup> OE 2.

<sup>469</sup> OE 1.

<sup>470</sup> OE 4.

<sup>471</sup> *Ibid.*

<sup>472</sup> OE 3.

<sup>473</sup> OE 2.

<sup>474</sup> OE 3.

représentant reconnaît d'ailleurs que la première cartographie qui avait été établie était trop générale et que ce n'est que postérieurement que sa société s'était rendue compte qu'en réalité, il convenait d'« *aller très loin dans le sens descendant* »<sup>475</sup>, de raisonner non seulement par métiers, mais également par sous-métiers, étant entendu que les risques peuvent être très variables en fonction des réalités empiriques auxquelles sont confrontés les sous-métiers au sein d'un même métier.

Ce haut degré de précision est rappelé par le représentant d'une autre entreprise qui considère qu'en définitive, il faut interroger « *un panel large de collaborateurs représentatifs de toutes les fonctions de l'entreprise et de tous les territoires où nous intervenons* »<sup>476</sup>, cette problématique des territoires se posant avec d'autant plus d'acuité lorsque l'entreprise a une activité à l'étranger. Dans pareil cas, l'efficacité de la cartographie consiste, ni plus ni moins, en une déclinaison de celle-ci « *en fonction des différents pays d'intervention* »<sup>477</sup>

**171. Les écueils de l'externalisation.** De la même manière que s'agissant des acteurs publics, la question de l'externalisation de la cartographie des risques se pose, et la même réponse s'impose. Si le « *concours d'un cabinet d'avocats* »<sup>478</sup> ou de tout prestataire externe est envisageable pour certains, d'autres considèrent qu'« *externaliser la cartographie des risques est impossible* »<sup>479</sup>. La raison est bien connue : seuls les collaborateurs de l'entreprise sont en mesure d'identifier les risques puisque précisément, ils y sont réellement confrontés. Bien entendu, l'assistance, par un prestataire extérieur, est envisageable, mais celle-ci semble devoir se réduire à portion congrue, sauf à ce que le processus accouche sur une cartographie des risques théorique et, finalement peu opérationnelle.

**172. Les contrats publics systématiquement considérés comme des opérations à risques pour les opérateurs économiques.** Tous les interviewés l'affirment : les contrats publics présentent un risque de corruption majeur. Néanmoins, l'on constate une nette variabilité dans la hiérarchisation des différents risques inhérents aux contrats publics, comme pour les autorités contractantes. Ainsi, là où certains affirment que c'est la passation qui est la plus identifiée comme un risque important<sup>480</sup>, là où, pour d'autres, l'exécution est davantage exposée<sup>481</sup>.

Toutefois, une constante demeure : les cartographies des personnes interrogées semblent aller dans un niveau de détail qui ne néglige aucun risque ni aucune phase du cycle des contrats publics.

## B – Enquête quantitative

---

<sup>475</sup> OE 5.

<sup>476</sup> OE 4.

<sup>477</sup> OE 2.

<sup>478</sup> OE 4.

<sup>479</sup> OE 3.

<sup>480</sup> OE 1 ; OE 3.

<sup>481</sup> OE 5.

**173. Données.**

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Une cartographie des risques a-t-elle été mise en place dans votre entreprise ?	15	12	55,56 %
Si non à la première question. Une telle cartographie est-elle en cours de construction dans votre entreprise ?	3	24	11,11 %
Si oui à la première question. Avez-vous éprouvé des difficultés à mettre en place une telle cartographie ?	8	19	29,63 %
Si oui à la première question. Cette cartographie cible-t-elle les risques relatifs aux contrats publics ?	13	14	48,15 %

**174. Une mesure largement mise en place.** À la question de savoir si leur entreprise avait édicté une cartographie des risques, 12 participants sur 15 répondent par l'affirmative, soit 80 %. Sur les 3 ayant répondu négativement, 2 ne sont pas soumis aux obligations de l'article 17 de la loi Sapin 2. Si ces chiffres témoignent d'une mise en place large, il demeure notable que l'un des sondés affirme que son entreprise n'a pas encore élaboré sa cartographie alors que par ailleurs, il précise que le dispositif d'alerte interne et le code de conduite sont déjà en place. Certes, cette personne, et une autre, affirment que la cartographie est en cours d'élaboration dans leur société, mais ce constat témoigne encore que, parfois, les entreprises font le choix d'élaborer en premier lieu les mesures les plus simples à mettre en place, à rebours de la logique diffusée par l'AFA et selon laquelle la cartographie doit être au fondement des autres mesures.

**175. Des difficultés de mise en place moyennement confirmées.** Alors que les personnes interrogées au stade de l'enquête qualitative révélaient massivement que la mise en place d'une cartographie des risques pertinente et opérationnelle se heurtait à des difficultés pratiques notables, notamment en termes de moyens à déployer, les résultats de l'enquête quantitative se trouvent plus nuancés. En effet, sur 8 personnes ayant répondu à la question portant sur les difficultés de mise en place de la cartographie des risques, seules 3 rapportent avoir rencontré de telles difficultés, soit 37,5 %. Malheureusement, seulement une personne explicite la nature de ces difficultés en rappelant qu'il s'agit d'un « *exercice lourd* ».

**176. Les contrats publics non systématiquement identifiés.** De la même manière, les résultats de l'enquête qualitative ne sont que partiellement confirmés. Pour rappel, les interviewés avaient tous précisé que leur cartographie identifiait les contrats publics comme des processus particulièrement exposés, avec certes des nuances quant aux différentes phases du cycle des contrats publics. Ici, sur 13 participants, 8 affirment que leur cartographie des

risques identifie particulièrement les contrats publics, soit 61,54 %. Seul 1 participant ayant répondu négativement apporte des éléments de précision en commentant : « *elle clients, mais pas spécifiquement les clients publics* », ce qui peut sembler étonnant au regard des particularités inhérentes aux personnes publiques, en particulier si l'on considère le risque corruption.

### III - Le code de conduite

#### Résumé intermédiaire n°3

*La rédaction et la diffusion du code de conduite ne semblent pas souffrir de difficultés particulières. Il s'agit d'une mesure très largement mise en place. Néanmoins, les enquêtes révèlent une certaine hétérogénéité des pratiques, en particulier entre des codes au contenu exhaustif, parfois descriptif et difficile d'accès et d'autres qui s'engagent davantage dans une logique pédagogique de nature faciliter la diffusion d'une culture de conformité dans l'entreprise.*

**177. Une nature juridique en question.** L'apparition, en France, des chartes éthiques, quelle que soit leur dénomination, est une conséquence de loi fédérale américaine *Sarbanes-Oxley Act* (dite SOX) du 30 juillet 2002<sup>482</sup>, applicable à toute entreprise, y compris étrangère, dont les titres sont cotés aux États-Unis. Ce n'est donc que postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi SOX que les grandes entreprises françaises ont commencé à se doter de telles chartes éthiques, dont la nature juridique a largement interrogé. Il est d'abord revenu au juge judiciaire – face au « *néant juridique des chartes éthiques dans l'entreprise* »<sup>483</sup>, simplement comblé par un « *embryon de cadre juridique* »<sup>484</sup> opéré par une circulaire de la Direction générale du travail n°2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur proposant une lecture de ces textes selon des « *degrés de normativité* » variables<sup>485</sup> – d'apporter une réponse à ce questionnement. À propos du code de conduite des affaires édicté par la société Dassault Systèmes en 2004, la Chambre sociale de la Cour de cassation<sup>486</sup>, sans répondre directement à la question de la nature du texte, en a tout de même contrôlé « *si son contenu était ou non conforme aux impératifs légaux* »<sup>487</sup>. Il semble, finalement, que les chartes éthiques et codes de conduite puissent recevoir des qualifications variées en fonction de leur contenu et de la sanction qu'ils peuvent recevoir. À ce titre, ils peuvent être considérés comme des « *adjonctions au règlement intérieur* »<sup>488</sup>.

**178. Le code de conduite anticorruption : une logique d'intégration recommandée.** En ce qui concerne, plus particulièrement, le code de conduite anticorruption de l'article 17 de la loi Sapin 2, les recommandations de l'AFA se veulent souples quant à sa forme et sa nature juridique. Ces dernières précisent en effet que le code de conduite peut être intégré dans « *un dispositif "éthique" (du type charte éthique) au périmètre plus large que la stricte lutte anticorruption* »<sup>489</sup>.

<sup>482</sup> V. P. DESCHEEMAER, « Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées : les principales dispositions du *Sarbanes-Oxley Act of 2002* », *Bull. Joly Sociétés*, 2003, p. 5.

<sup>483</sup> I. DESBARATS, « Alertes, codes et chartes éthiques à l'épreuve du droit français », *D.*, 2010, p. 548.

<sup>484</sup> P. DEUMIER, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD Civ.*, 2009, p. 77.

<sup>485</sup> *Ibid.*

<sup>486</sup> Cass. Soc., 8 déc. 2009, n°08-17.191, *Bull. soc.*

<sup>487</sup> I. DESBARATS, « Alertes, codes et chartes éthiques à l'épreuve du droit français », *op. cit.*

<sup>488</sup> R. DE QUENAUDON et M.-J. GOMEZ-MUSTEL, « Un "code de conduite des affaires" en quête de statut juridique », *RTD*, 2009, p. 311.

<sup>489</sup> *Recommandations de l'AFA 2021, op. cit.*, p. 25.

Par ailleurs, elles disposent que « *dans les entreprises dans lesquelles il existe un règlement intérieur, le code de conduite y est intégré* ». En revanche, « *lorsque l'entreprise n'est pas soumise à l'obligation de disposer d'un règlement intérieur [...] le code de conduite est remis aux membres du personnel ou leur est rendu accessible* »<sup>490</sup>.

## A – Enquête qualitative

**179.** D'avis partagés, le code de conduite est une « *mesure facile à mettre en place* »<sup>491</sup>. À l'évidence, il suppose un travail de réflexion à ne pas négliger : qu'intégrer dans le code de conduite ? Quelle philosophie lui impulser ? Comment le diffuser ? Mais aucun de ces écueils n'est insurmontable et l'enquête qualitative ne révèle pas de difficulté majeure. Là où l'enquête se trouve intéressante, c'est qu'elle témoigne une fois encore d'une pratique hétérogène<sup>492</sup> à plusieurs niveaux, ce qui s'explique, notamment par le fait que certaines entreprises disposaient déjà d'un code de conduite interne ou d'un document analogue.

**180. Le contenu : autonomie, intégration, spécialisation.** En ce qui concerne le contenu du code de conduite, on peut déceler trois approches bien distinctes qui ont pu nous être rapportées. Ainsi, là où certaines entreprises optent pour un code de conduite spécialement dédié à la prévention de la corruption – en complément d'autres documents –, d'autres intègrent ces éléments à un document plus large qui peut prendre plusieurs dénominations : code d'éthique, charte d'éthique et de conformité, code d'intégrité... Dans ce cas-là, l'on peut retrouver une pluralité d'éléments qui cohabitent avec la prévention de la corruption, notamment la responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise, le respect de la concurrence, la protection des données numériques, la transparence, la discrimination et le respect des personnes ou encore la sécurité au travail. Cette possibilité n'est pas, en tant que telle contraire aux recommandations de l'AFA, qui permet d'intégrer le code à « *un dispositif d'éthique au périmètre plus large* », en alertant cependant : « *à la condition d'en permettre la parfaite lisibilité* »<sup>493</sup>. Enfin, la troisième méthode identifiée consiste en une approche davantage spécialisée, selon laquelle un document général et commun, assez ramassé, est porté à la connaissance des collaborateurs de l'entreprise de manière à créer une dynamique commune, lequel se trouve ensuite complété par des fascicules spécialisés à destination des différents métiers ou selon une déclinaison hiérarchique.

Sur les difficultés, un représentant d'une entreprise nous expose tout de même que certains points sont plus délicats à appréhender que d'autres et cite deux exemples. Le premier exemple est celui de la politique cadeau, « *difficile à mettre en œuvre, car il n'y a pas de règle précise* ». Ici, plus encore qu'en ce qui concerne les agents publics, la ligne de partage entre l'usage commercial et la tentative de corruption est nécessairement floue. D'où un délicat

<sup>490</sup> *Ibid.*

<sup>491</sup> OE 3.

<sup>492</sup> Les documents ici analysés étant généralement publiés sur les sites internet des entreprises sondées, aucune référence aux codes des entretiens ne sera précisée dans ce paragraphe, de manière à ce qu'il ne soit pas possible d'opérer un rapprochement entre un code et une entreprise donnée.

---

<sup>493</sup> *Recommandations de l'AFA 2021, op. cit., p. 25.*

équilibre à trouver entre la posture qui consiste à fixer des règles tranchées, par exemple en déterminant une valeur maximale d'acceptabilité d'un cadeau ou d'une invitation et celle qui est davantage tournée vers la confiance vis-à-vis des salariés de l'entreprise. Le second exemple concerne les entreprises qui ont une activité à l'étranger, dans des pays où le financement des partis politiques par les entreprises est autorisé. Là encore, cela suppose la détermination d'une politique d'équilibre qui n'est pas aisée.

**181. L'approche : exhaustivité et pédagogie.** La question de l'approche n'est pas totalement déconnectée de celle du contenu, étant entendu qu'un code de conduite anticorruption autonome vis-à-vis d'autres documents interne limite par nature le risque de lourdeur et, partant, celui de son accessibilité limitée. Mais il est tout de même possible d'évacuer cette remarque liminaire pour se focaliser sur l'approche globale de ces différents textes. De la même manière que concernant les autorités contractantes, l'enquête a révélé une certaine oscillation entre deux exigences nécessaires, quoiqu'à certains égards contradictoires : l'exhaustivité et la pédagogie.

Certaines entreprises ont une approche que l'on pourrait qualifier d'équilibrée, avec des contenus qui sont « *à la fois informatifs, mais aussi pédagogiques* », ou des développements « *courts, mais denses, avec un exposé exhaustif* ». Un autre interviewé l'affirme en d'autres termes, en rappelant que les aspects informationnels peuvent aussi apparaître comme des « *menaces* », puisqu'ils renvoient soit à des sanctions disciplinaires, soit à des infractions pénales. Or, précise-t-il, si cet aspect ne doit pas être négligé et qu'une « *part de bâton* » existe par la force des choses, celle-ci ne doit pas être « *majoritaire* » pour que le code soit un document « *positif* », qui suscite l'adhésion de l'ensemble des collaborateurs de l'entreprise.

D'autres optent pour une approche résolument « *pédagogique* » et totalement dépourvue de toute « *approche culpabilisante* », selon une démarche « *positive et optimiste* » centrée sur « *la confiance, l'intelligence et le bon sens* » des collaborateurs.

Bien entendu, là encore, de nombreuses techniques sont employées pour susciter l'adhésion et encourager la lecture : schémas explicatifs, dessins, photographies, cas pratiques ou encore recours au *legal design*, bien que certains codes que nous avons pu consulter

**182. La diffusion : publicité et contractualisation.** Ainsi que cela a été précisé, l'extrême majorité des entreprises interrogées ont publié leur code de conduite sur leur site internet, à l'instar par ailleurs de la plupart des grandes entreprises et des grands groupes. Certains représentants d'opérateurs économiques précisent par ailleurs que cette mise à disposition en *open access* n'est pas suffisante, que le code fait également l'objet d'une publicité sur l'intranet de la société, qu'il est annexé au règlement intérieur, voire fait l'objet d'une impression au format papier et d'une remise en mains propres aux salariés, qui doivent signer un reçu. Ce point est intéressant, car il apparaît en effet qu'un élément décisif du code de conduite est l'acquisition par les dirigeants de la société de la certitude que celui-ci a bien été mis à la connaissance de l'ensemble des collaborateurs. Or, il est constant que sa seule diffusion du code sur internet est insuffisante.

Enfin, pour en venir à un aspect qui intéresse directement les contrats publics, la question de la diffusion du code par sa contractualisation se pose, d'autant que l'AFA recommande « *d'imposer aux tiers le respect de ce document, par une clause contractuelle* »<sup>494</sup>. Mais en ce qui concerne les rapports contractuels avec des personnes publiques, cela n'est pas sans générer des difficultés. Ainsi que nous le rapporte le représentant d'un opérateur économique, « *quand on présente notre code de conduite aux collectivités, en leur demandant de le respecter, bien souvent elles ne comprennent pas et ne veulent pas signer* », ce qui s'explique, une nouvelle fois, par la faible diffusion de la culture de *compliance* dans le secteur public, liée notamment à la non-soumission des personnes publiques aux exigences de l'article 17 de la loi Sapin 2.

## B – Enquête quantitative

### 183. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Un code de conduite a-t-il été rédigé et diffusé dans votre entreprise ?	16	11	33,33 %
Si non à la précédente question. Un tel code est-il en cours de rédaction ?	2	25	7,41 %
Si oui à la première question. Ce code contient-il des développements particuliers relatifs aux contrats publics ?	13	14	48,15 %
Si oui à la première question. Ce code contient-il des exemples opérationnels permettant aux collaborateurs de bien s'en approprier le contenu ?	14	13	51,85 %
Si oui à la première question. Pour prévenir de faits de corruption, jugez-vous ce code très utile, utile, peu utile ou inutile ?	14	13	51,85 %

**184. Mesure largement adoptée et jugée utile.** Sur les 16 personnes ayant participé à la question consistant à savoir si elles appartenaient à une entreprise ayant mis en place un code de conduite, 14 optent pour l'affirmative, soit 87,5 %. Quant aux 2 ayant répondu négativement, l'un d'eux, salarié d'une entreprise soumise aux obligations de l'article 17 de la loi Sapin 2, précise qu'un tel code est en cours de rédaction, tandis que l'autre est collaborateur d'une entreprise non soumise auxdites obligations. Le constat dressé lors de l'enquête qualitative, selon lequel ce code était une mesure relativement simple à mettre en place semble donc se vérifier

<sup>494</sup> *Ibid.*, p. 24.

Par ailleurs, les sondés jugent unanimement ce code utile pour prévenir les faits de corruption. Sur 14, ils sont en effet 6 à le juger « très utile » et 8 à l'estimer « utile ».

**185. Une accessibilité globalement confirmée.** À la question de savoir si leur code contenait des exemples opérationnels de nature à en faciliter l'accès et la compréhension, une majorité de 71,43 %, représentant 10 répondants sur 14, l'affirme. Malheureusement, seuls 2 répondants apportent des précisions, l'un mentionnant l'existence de « *mises en situation* » dans le code, l'autre évoquant des cas pratiques comprenant une « *description des situations à risque* » et des « *conseils pour les gérer* ». En ce qui concerne les 4 participants ayant répondu négativement, l'un précise qu'« *aucun exemple concret* » ne se trouve dans son code de conduite.

Si les efforts de pédagogie et d'accessibilité, absolument nécessaires à la bonne diffusion du code de conduite, semblent assez partagés, demeurent tout de même des cas de codes simplement descriptifs, ce qui est potentiellement de nature à nuire à leur portée pratique.

**186. Des développements relatifs aux contrats publics non systématiques.** Sur 13 participants, 7 affirment que leur code de conduite contient des développements spécifiques relatifs aux contrats publics, soit 53,85 %. Malheureusement là encore, seuls 2 d'entre eux apportent de succinctes précisions, l'un mentionnant simplement un « *guide du sourcing* », l'autre spécifiant « *en particulier sur l'aspect des ententes dans le secteur et les relations avec les maîtres d'ouvrages* ». Quant à ceux qui ont opté pour la négative, 2 précisent simplement que leur code ne fait pas de distinction entre les clients privés et publics.

## IV - La formation

### Résumé intermédiaire n°4

La mise en place de formations ne semble pas poser de difficultés pratiques particulières. Si les enquêtes qualitative et quantitative révèlent une diversité notable des pratiques d'entreprises, c'est que ces dernières ont, semble-t-il et dans une large part, bien saisi les enjeux de la mesure en proposant des formations adaptées aux différents niveaux de responsabilité dans l'entreprise et aux différents profils de risques.

Toutefois, le risque particulier inhérent aux contrats publics ne semble pas particulièrement pris en compte en tant que tel et est généralement intégré à des formations plus larges.

**187. Une formation large recommandée.** S'agissant de la formation, les recommandations de l'AFA témoignent encore d'une « *vision extensive des exigences légales* »<sup>495</sup>. En effet, là où la loi ne prescrit que la formation des cadres et personnels les plus exposés, l'agence considère que le dispositif de formation « *peut utilement s'inscrire dans un dispositif plus large de sensibilisation de l'ensemble du personnel* »<sup>496</sup>. De manière à sécuriser cette mesure, « *il est en tout état de cause recommandé d'intégrer les formations visées au plan de formation de l'entreprise* »<sup>497</sup>, c'est-à-dire au plan de développement des compétences de l'article L.6321-1 du Code du travail. Par ailleurs, selon un auteur<sup>498</sup>, le refus d'un salarié de participer à une formation anticorruption sans raison valable pourrait tomber sous le coup de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation ne censurant pas le licenciement pour faute dans pareille circonstance<sup>499</sup>.

**188. Un dispositif analogue à celui prescrit pour les acteurs publics.** Quant à la teneur du dispositif recommandé par l'AFA, elle ne se distingue pas de celui prescrit pour les acteurs publics et déjà évoqué *supra*. Il s'agit d'un dispositif à deux étages, comprenant une sensibilisation de l'ensemble des collaborateurs de l'entreprise et une formation pour les cadres et personnels à risque, lequel doit être contrôlé et suivi par l'instance dirigeante<sup>500</sup>.

### A – Enquête qualitative

**189.** L'enquête ne révèle guère de difficultés dans la mise en place des formations. Cependant, une personne interrogée attire l'attention sur les deux difficultés qu'il faut tout de même surmonter. La première consiste à « *calibrer la formation en fonction de l'entreprise* » et la seconde tient au « *ciblage des collaborateurs à former pour que ce soit*

<sup>495</sup> A. GAUSTAD et M.-A. NICOLAS, « Les premiers rapports de contrôle de l'AFA. La révolution préventive se confirme : impossible ne saurait être français », *RICEA*, 2018, n°39, p. 20.

<sup>496</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 26.

<sup>497</sup> F. VERDUN, « La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social », *JCP S*, 2017, n°2, 1011.

<sup>498</sup> *Ibid.*

<sup>499</sup> En ce sens : Cass. soc., 5 déc. 2007, *M. et Mme C. c/ Sté Arvato services France*, n°06-42.904.

<sup>500</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 27.

*pertinent et entendu* »<sup>501</sup>, c'est-à-dire de différencier les formations en fonction de l'exposition des salariés au risque, conformément aux recommandations de l'AFA. Finalement, l'on retrouve les mêmes problématiques théoriques qui pèsent sur les acteurs publics. Du reste, on constate que les entreprises ont pleinement conscience de ces difficultés et apportent des réponses pertinentes.

**190. Un contenu adapté aux réalités des entreprises.** L'adaptation des formations au profil de risque de l'entreprise se matérialise par la participation directe de collaborateurs de l'entreprise aux formations. Ainsi, un représentant d'opérateur économique rapporte que certaines formations en présentiel sont animées « *avec le directeur du groupe* », ceci afin de conférer une grande légitimité à la formation et de confirmer que l'engagement de l'instante dirigeante est total<sup>502</sup>. Un autre précise que les formations proposées aux managers de son entreprise sont co-animées par « *le responsable éthique de l'entreprise et un avocat* »<sup>503</sup>. Cette pratique, qui consiste à mobiliser des professionnels du droit pour participer aux formations, apparaît par ailleurs partagée. Ainsi, un autre interrogé précise que son entreprise propose à la fois des « *formations en interne* » et des formations animées « *par des spécialistes externes* »<sup>504</sup>. Enfin, un dernier décrit un autre système, davantage descendant, avec une formation des dirigeants « *faite par un avocat et le directeur juridique et conformité* » et des formations en interne, aux niveaux inférieurs, dont s'occupe le « *directeur juridique et conformité* »<sup>505</sup> pour les managers et assurée par une formation en ligne pour les autres.

Ainsi que cela avait pu être vu s'agissant des acteurs publics, l'alliance de la compétence juridique et de la connaissance des réalités de l'entreprise est souvent préconisée.

**191. Une offre de formation fonction des risques.** De la même manière, le ciblage du personnel et l'adéquation des formations avec le profil de risque des personnes formées apparaissent comme bien maîtrisés par les entreprises qui ont été interrogées. En effet, toutes présentent un dispositif de formation à « *plusieurs niveaux* »<sup>506</sup> avec la double idée « *que cela descende très loin auprès des collaborateurs* »<sup>507</sup> et que « *plus on monte [dans les profils de risques], plus la formation est pointue* »<sup>508</sup>. Bien entendu, les dispositifs varient en fonction non seulement de la taille de l'entreprise considérée, mais encore de la diversité « *des métiers* » qu'elle exerce, ce que souligne particulièrement un interviewé<sup>509</sup>.

Au plan opérationnel, sans surprise, une diversité de pratiques a pu être observée. Certains opérateurs économiques précisent que, pour les collaborateurs les moins risqués, la formation est numérique, elle peut prendre la forme de « *petits cas pratiques opérationnels* »<sup>510</sup>

---

<sup>501</sup> OE 3.

<sup>502</sup> OE 4.

<sup>503</sup> OE 2.

<sup>504</sup> OE 5.

<sup>505</sup> OE 7.

<sup>506</sup> *Ibid.*

<sup>507</sup> OE 5.

<sup>508</sup> OE 7.

<sup>509</sup> OE 6.

<sup>510</sup> OE 2.

ou de « *serious games* »<sup>511</sup>. Mais tous s'accordent pour la nécessité, pour les salariés exposés à un risque certain, de dispenser des formations en présentiel.

**192. La temporalité des formations.** Une seule personne interrogée a voulu insister sur la temporalité des formations, alors que cette question n'était pas suggérée par l'entretien. Elle rappelle la nécessité que la formation initiale doive être faite « *dans l'année qui suit l'embauche et est renouvelée tous les deux ou trois ans* »<sup>512</sup>. Cet aspect avait déjà été entrevu dans la partie relative aux acteurs publics et il convient d'insister sur ce point : les formations doivent être périodiquement renouvelées, notamment au gré des mutations de la cartographie des risques.

## B – Enquête quantitative

### 193. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Votre entreprise a-t-elle mis en place des formations dédiées à la prévention de la corruption ?	16	11	59,26 %
Si non à la première question. Est-ce en projet dans votre entreprise ?	3	24	11,11 %
Si oui à la première question. À destination de quels collaborateurs (dirigeants, managers, opérationnels...) ?	10	17	37,04 %
Si oui à la première question. Sous quelle(s) forme(s) ?	9	18	33,33 %
Si oui à la première question. Existe-t-il une formation spécifiquement dédiée au risque corruption en matière de contrats publics ?	11	16	40,74 %

**194. Une mesure largement mise en place.** Sur 16 participants à la question portant sur la mise en place, dans leur entreprise, de formations dédiées à la prévention de la corruption, 13 affirment que de telles formations existent, soit 81,25 %, un chiffre stable si l'on considère les autres mesures. Notons simplement qu'un participant appartenant à une société soumise aux obligations de l'article 17 de la loi Sapin 2 rapporte que son entreprise n'a pas mis en place de telles formations et affirme par ailleurs, de la même manière que les deux autres ayant répondu négativement (mais appartenant à des sociétés n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 17), qu'une telle mise en place n'est pas en projet.

<sup>511</sup> OE 4.

<sup>512</sup> OE 4.

**195. Une profonde variabilité des pratiques.** Pareillement au constat dressé au stade de l'enquête qualitative, les pratiques se révèlent assez hétérogènes, non seulement au niveau des collaborateurs concernés par ces formations, mais encore s'agissant des formats.

- **En fonction des collaborateurs concernés :** 10 personnes ont participé à la question portant sur les collaborateurs de l'entreprise concernés par les formations et l'on observe à nouveau une nette diversité des pratiques. En effet, 2 participants affirment que seuls les « *dirigeants* » ou les « *directeurs* » ont été concernés. 2 autres précisent que les formations concernent l'ensemble des « *cadres* » ou « *managers* », avec, pour l'un d'entre eux, une variabilité en fonction de l'exposition desdits managers au risque. Enfin, les 6 autres participants font état d'un dispositif de formation particulièrement large, incluant parfois les « *conducteurs de travaux* », voire « *tous les collaborateurs de l'entreprise* ». Naturellement, lorsque sont concernés par les formations l'ensemble ou, à tout le moins, une grande partie des collaborateurs, on observe corrélativement une certaine diversité des formats retenus, ceci afin de proposer une offre de formation adaptée aux différents profils de responsabilité et de risque des personnes à former.
- **En fonction des formats retenus :** sur les 9 réponses recueillies à la question portant sur les formats de formation, il n'est pas possible d'opérer des classifications tant les réponses sont variables. En effet, si 2 répondants mentionnent simplement l'existence de « *stages de formation* » ou d'une « *formation au risque pénal* », les 7 autres font état d'une combinaison entre d'une part des « *formations en e-learning* » et, d'autre part, des formations en « *présentiel* », seuls 2 d'entre eux apportent de plus amples précisions sur les destinataires de ces différentes formes de pédagogie. Le premier précise à ce titre que la formation en *e-learning* concerne « *l'ensemble des collaborateurs* » alors que les formations en présentiel sont dédiées aux « *cadres et employés exposés au risque* », un schéma déjà observé au stade de l'enquête qualitative et qui apparaît pertinent. Le second rapporte un système qui ne concerne que les managers, lesquels font tous l'objet « *d'une sensibilisation de base, sous la forme d'une vidéo interactive d'une trentaine de minutes* », et, seulement pour les managers les plus exposés au risque, « *d'une formation présentielle d'une journée* ».

**196. L'absence globale d'une formation spécifiquement dédiée aux contrats publics.** Enfin, sur la question relative à l'existence de formations spécifiquement dédiées aux contrats publics, sur 11 participants, seuls 2 affirment que de telles formations existent, ce qui représente 18,18 % du panel, sans toutefois en préciser leur contenu.

## V - L'évaluation des tiers

### Résumé intermédiaire n°5

*En tant que telle, l'évaluation des tiers apparaît comme la mesure la plus lourde à mettre en place en termes de moyens. Par ailleurs, une grande diversité des pratiques a pu être observée, s'agissant des méthodes d'évaluation. En particulier, certaines entreprises optent pour une externalisation du processus, là où d'autres le déploient en interne. Certaines entreprises se cantonnent à une logique déclarative, quand d'autres se tournent vers une logique davantage inquisitoriale. Tout ceci dévoile une pratique particulièrement hétérogène.*

*Concernant, plus particulièrement, l'évaluation des tiers dans le cadre des contrats publics, une certaine dissonance entre l'enquête qualitative et l'enquête quantitative a été observée. Dans la première, les personnes interviewées ont massivement témoigné de l'absence d'évaluation des tiers publics et, corrélativement, de l'absence d'évaluation par des tiers publics. Les résultats de l'enquête quantitative sont davantage nuancés, bien qu'il faille les relativiser eu égard à l'étroitesse du panel.*

**197. Une démarche vertueuse à effet de contagion.** Bien que l'évaluation de l'intégrité des tiers, largement inspirée de la logique de « *due diligence* », ne soit une obligation qu'à la charge des entreprises soumises à l'article 17 de la loi Sapin 2, elle a en réalité une portée plus large, puisque, agissant « *par capillarité* »<sup>513</sup>, elle permet selon un auteur « *la diffusion de la conformité anticorruption à l'extérieur de l'organisation* »<sup>514</sup>. Ainsi, « *les entreprises soumises aux obligations de conformité peuvent en effet exiger de leurs fournisseurs ou de leurs clients qu'ils adhèrent à leur dispositif ou qu'ils se dotent de leur propre dispositif anticorruption [...] une telle pratique peut engendrer des dynamiques vertueuses permettant d'étendre, par-delà les obligations légales, le nombre et la typologie d'entreprises engagées dans une démarche anticorruption* »<sup>515</sup>.

Cet effet de contagion est d'ailleurs avancé par l'AFA comme un argument visant à convaincre les gérants de PME ou ETI de se doter d'un dispositif anticorruption. En effet, dans son récent *Guide pratique anticorruption à destination des PME et des petites ETI*, l'agence précise que si « *une PME n'a pas l'obligation légale de mettre en place des mesures anticorruption, elle y a intérêt* », notamment du fait que leurs tiers les évaluent et qu'elles peuvent donc perdre des clients, voire rencontrer des difficultés de financement auprès d'établissements bancaires si elles ne l'ont pas fait<sup>516</sup>.

**198. Une démarche lourde à mettre en place.** Dans son diagnostic national sur la mise en place de dispositifs anticorruption dans l'entreprise de 2020, l'AFA constatait que 39 % des entreprises procédaient à une évaluation pertinente des tiers, plaçant la mesure en

<sup>513</sup> MS.

<sup>514</sup> L. D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte anticorruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », RSC, 2019, p. 205.

<sup>515</sup> *Ibid.*

<sup>516</sup> AFA, *Guide pratique anticorruption à destination des PME et des petites ETI*, [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide%20pratique\\_PME-ETI.PDF](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide%20pratique_PME-ETI.PDF), p. 4.

queue de peloton des autres dispositifs<sup>517</sup>. Il faut dire que dans ses recommandations de 2017, l'agence excédait le champ de l'obligation de l'article 17 de la loi Sapin 2, circonscrit aux fournisseurs de premier rang et aux intermédiaires. L'agence recommandait en effet que « *les évaluations portent sur les tiers avec lesquels l'organisation est en relation ou entre en relation, en priorité sur ceux identifiés dans la cartographie des risques comme présentant un risque de corruption* »<sup>518</sup>, ce qui, de son propre aveu, représente un périmètre « *plus large* »<sup>519</sup> que celui prescrit par la loi. Cette doctrine de l'agence est parfois considérée comme la source des « *difficultés rencontrées par les entreprises pour mettre en place leur dispositif d'évaluation des tiers* »<sup>520</sup>, étant entendu qu'elle suppose une évaluation minimale de tous les tiers, ce qui peut représenter plusieurs dizaines voire centaines de milliers de personnes s'agissant des grandes entreprises ayant une activité internationale. Ceci explique que dans les recommandations de 2021, l'AFA ait « *adopté une nouvelle approche plus pragmatique et adaptée à la réalité des risques en matière d'évaluation des tiers* »<sup>521</sup>, par le recours à la notion de groupes homogènes de tiers. Concrètement, « *la nature et la profondeur des évaluations à réaliser et des informations à recueillir sont déterminées en fonction des différents groupes homogènes de tiers présentant des profils de risques comparables, tels que la cartographie des risques permet de les dresser. Ainsi, les groupes de tiers jugés pas ou peu risqués pourront ne pas faire l'objet d'une évaluation ou faire l'objet d'une évaluation simplifiée, tandis que les groupes plus risqués nécessiteront une évaluation approfondie* »<sup>522</sup>. C'est donc un appel à la rationalisation du traitement des tiers qu'appelle l'AFA, dans un souci de simplification et d'allègement de la démarche.

**199. Des difficultés inhérentes à l'évaluation des tiers publics.** Si les recommandations générales de l'AFA ne discriminent pas selon la nature juridique des tiers, il semble que l'agence tient désormais compte des difficultés pratiques inhérentes à l'évaluation des tiers publics. En effet, dans son nouveau guide, rédigé en collaboration avec la FNTP, *La mise en place d'un dispositif de prévention des risques de corruption dans le secteur du bâtiment et des travaux publics*, l'agence reconnaît qu'« *il n'est pas aisé pour les entreprises d'adresser, particulièrement aux clients publics, des demandes d'information ou de leur faire accepter contractuellement des mesures préventives ou des exigences en matière d'anticorruption* »<sup>523</sup>, sans toutefois en tirer de véritables conséquences.

<sup>517</sup> AFA, *Diagnostic national sur les dispositifs anticorruption dans les entreprises*, septembre 2020.

<sup>518</sup> *Recommandations de l'AFA de 2017*, p. 20.

<sup>519</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>520</sup> S. SCEMLA et D. PAILLOT DE MONTABERT, « L'actualisation des recommandations de l'AFA. De nouvelles contraintes pour les entreprises ? », *RICEA*, 2021, n°1, p. 32.

<sup>521</sup> S. SCEMLA et A. FLEURIOT, « Les nouvelles recommandations de l'AFA alourdissent les obligations des établissements de crédit en matière de conformité », *Rev. droit bancaire et financier*, 2021, n°4, 12.

<sup>522</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>523</sup> AFA/FNTP, *La mise en place d'un dispositif de prévention des risques de corruption dans le secteur du bâtiment et des travaux publics*, [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide\\_BTP\\_AFA\\_Web.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide_BTP_AFA_Web.pdf), p. 28.

## A – Enquête qualitative

**200.** L'enquête qualitative a démontré que l'évaluation des tiers posait deux séries de difficultés : d'abord, des difficultés inhérentes à cette exigence, en particulier dans sa mise en place (1), ensuite, des difficultés particulières en ce qui concerne l'évaluation des tiers publics (2), laquelle souffre d'une ineffectivité manifeste.

### 1. Les difficultés inhérentes à l'évaluation des tiers

**201. Une question de masse.** D'avis partagés, l'évaluation des tiers est une mesure particulièrement lourde à mettre en œuvre. Pour l'une des personnes interrogées, cela est notamment lié au fait que là où la loi Sapin 2 prévoit une évaluation en fonction de la cartographie des risques, « l'AFA fait un raccourci » en suggérant d'évaluer tous les tiers, à des degrés d'intensité divers au regard de leur profil de risque. Mais pour déterminer ce profil de risques, encore faut-il les sonder et opérer une première évaluation. Or, ceci est « *matériellement impossible* »<sup>524</sup> pour les entreprises qui comptent « *des milliers de tiers* »<sup>525</sup> voire « *plusieurs dizaines de milliers* »<sup>526</sup>. Ceci explique que certaines entreprises préfèrent se conformer à la lettre de la loi. Ainsi en est-il pour l'une d'entre elles, qui précise avoir fixé une règle interne selon laquelle « *nous évaluons tous nos prestataires avec qui nous avons une relation d'un montant supérieur à 1 million d'euros. En dessous de ce seuil, on raisonne par indices de suspicion* »<sup>527</sup>. Une telle approche différenciée est également décrite par un autre interviewé, mais elle n'est pas fonction d'un seuil financier. Il s'agit d'une approche en trois temps. Dans un premier temps, une analyse des réponses à un questionnaire en ligne est effectuée par un algorithme. Si elles sont satisfaisantes, la procédure s'arrête. En revanche, s'il y a un doute, le second temps qui consiste en « *une intervention humaine* » est déclenché. Ce n'est qu'en « *cas de risque* » que le troisième temps s'ouvre, avec une décision des dirigeants d'engager ou non une relation commerciale avec le tiers à risque<sup>528</sup>.

Si ces approches permettent de limiter l'effet de masse, il reste qu'il y a une première difficulté liée au nombre parfois conséquent des tiers à évaluer et qui a une traduction économique dont deux représentants d'opérateur économique font état. L'un, en des termes généraux, pointe le risque que la complexité de l'évaluation des tiers soit « *antiéconomique* »<sup>529</sup>. L'autre est plus précis et souligne deux effets économiques de l'évaluation des tiers. Le premier est un effet direct et de nature financière : « *la mise en œuvre opérationnelle du processus d'évaluation nécessite des moyens très conséquents, financiers (un tiers de notre budget conformité) et humains* ». Le second est indirect, il consiste en la « *crainte que ce soit bloquant*

---

<sup>524</sup> OE 4.

<sup>525</sup> OE 3.

<sup>526</sup> OE 4.

<sup>527</sup> OE 1.

<sup>528</sup> OE 7.

<sup>529</sup> OE 5.

*pour le business* », l'ensemble laissant, pour les opérationnels, le sentiment que « *la valeur ajoutée de la tâche n'est pas (immédiatement) perceptible* »<sup>530</sup>.

**202. La problématique du recueil de l'information.** Si l'on entre plus précisément dans le détail des dispositifs, on peut noter que la première des difficultés opérationnelles est celle du recueil de l'information. La première méthode, très largement partagée, repose sur une logique déclarative et suppose d'établir un questionnaire dématérialisé à envoyer à l'ensemble des tiers, éventuellement sous la forme d'une « *plateforme numérique dédiée à la compliance* »<sup>531</sup> ou d'un « *logiciel dédié* »<sup>532</sup>. Mais il reste que cette logique est insuffisante au recueil de l'information, si bien que certains interviewés précisent avoir eu recours à des « *prestataires* »<sup>533</sup>, souvent à un coût important et qui proposent des solutions de compilations de données publiques, telles que les condamnations pénales ou encore les articles de presse à propos des sociétés évaluées voire de leurs salariés. Si cela permet effectivement un gain de temps et une baisse des moyens humains alloués à l'évaluation des tiers, il reste que les données récoltées ne sont que de « *l'information brute* »<sup>534</sup>, qu'il convient ensuite de traiter dans l'entreprise.

**203. Les difficultés du traitement de l'information.** Cet aspect de l'évaluation des tiers est tout particulièrement développé par une personne interrogée, qui estime que la complexité de la tâche est « *terrible* » puisqu'elle suppose une « *analyse très fine* ». En effet, comme le souligne cette personne, les signaux de risques d'un tiers peuvent très bien « *être faibles, mais néanmoins présents* », ce qui implique, pour les opérationnels en charge de l'évaluation, une capacité de discernement particulièrement développée<sup>535</sup>.

Cet état de fait a conduit une entreprise à modifier son approche. Dans un premier temps, cette entreprise au ressort international avait totalement décentralisé l'évaluation des tiers, estimant que les opérationnels étaient les « *points d'entrées* » les plus pertinents du fait de leur connaissance des réalités du terrain. Mais cela a « *posé des difficultés au regard du degré d'exigence dans l'analyse des données* », si bien que cette entreprise a finalement recentralisé cette phase d'analyse des informations<sup>536</sup>.

**204. La recherche de solutions co-construites.** Face au cumul de ces difficultés, plusieurs personnes interrogées nous ont précisé participer à la construction d'un outil numérique partagé<sup>537</sup>, co-construit par plusieurs acteurs économiques. Cet outil, créé par une société dont nous avons pu interviewer la gérante, consiste en une plateforme en ligne qui propose un référencement d'entreprises selon un questionnaire déclaratif standardisé

---

<sup>530</sup> OE 1.

<sup>531</sup> OE 5.

<sup>532</sup> OE 7.

<sup>533</sup> OE 2.

<sup>534</sup> OE 3.

<sup>535</sup> OE 3.

<sup>536</sup> OE 1.

<sup>537</sup> <https://viaco.fr>

permettant « *une mutualisation des efforts, non seulement pour l'évaluateur, mais également pour les évalués* »<sup>538</sup>.

Concrètement, l'outil se matérialise sous la forme d'une application qui comporte, pour l'utilisateur, un formulaire standard précisant ses propres réponses et un tableau de bord lui permettant d'adresser des demandes d'évaluation et en recevoir. Le tout est accompagné d'un système d'alerte comportementale.

Toutefois, la démarche n'est actuellement que peu suivie par les acteurs publics, si bien que le formulaire standard n'est, actuellement, pas adapté à eux.

## 2. L'ineffectivité de l'évaluation des tiers publics

**205.** Concernant l'évaluation des tiers publics dans le cadre des contrats publics, il est constant qu'il s'agit d'une question « *extrêmement difficile* »<sup>539</sup>. Au-delà de ce constat partagé, deux attitudes différentes ont pu nous être rapportées, qui démontrent toutes deux la profonde ineffectivité de cette évaluation.

**206. La non-évaluation des tiers publics.** Trois personnes affirment avoir renoncé à l'idée d'évaluer les tiers publics. Ils estiment que cela n'a guère de sens d'évaluer un tiers qui est « *dépositaire du service public* »<sup>540</sup>, la vérification de l'honorabilité des personnes publiques ne leur incombant pas, mais étant du ressort « *des préfectures et des CRC* »<sup>541</sup>.

**207. Les tentatives d'évaluation des tiers publics.** D'autres confirment avoir essayé d'évaluer les personnes publiques, mais s'être heurtés à des difficultés opérationnelles. En particulier, trois personnes interrogées ont témoigné de ces difficultés. Une première précise qu'il y a « *un manque d'information flagrant chez les collectivités, dans 99 % des cas, elles n'ont pas encore entendu parler de la loi Sapin 2* », si bien que les agents auxquels elle est confrontée refusent souvent de répondre au questionnaire d'évaluation. Une deuxième rapporte des faits semblables, elle dit proposer son questionnaire d'évaluation à tous ses clients publics, mais se heurter systématiquement à leur « *étonnement* » ou à leur « *inquiétude* », si bien que ceux qui acceptent l'évaluation la conditionnent à l'obtention du marché, ce qui renverse totalement la logique même de l'évaluation des tiers<sup>542</sup>. Enfin, une troisième précise que, de son expérience, cela paraît toujours « *incongru* » aux collectivités que d'avoir à répondre à un questionnaire d'évaluation. Mais, précise-t-elle, la donne est sensiblement différente concernant les grands opérateurs de l'État, ce qui ne doit pas étonner tant ceux qu'elle cite sont soumis à l'article 17 de la loi Sapin 2<sup>543</sup>.

---

<sup>538</sup> CONS 1.

<sup>539</sup> OE 3.

<sup>540</sup> OE 5.

<sup>541</sup> OE 4.

<sup>542</sup> OE 2.

<sup>543</sup> OE 1.

## B – Enquête quantitative

### 208. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Procédez-vous à une évaluation des tiers ?	16	11	59,26 %
Si oui à la précédente question. Comment collectez-vous les informations sur les tiers ?	12	15	44,44 %
Procédez-vous à une évaluation des tiers dans le cadre de vos contrats publics ?	14	13	51,85 %
Si oui à la précédente question. Comment procédez-vous pour évaluer vos clients publics ?	9	18	33,33 %
Votre entreprise a-t-elle déjà été évaluée par un client public dans le cadre de l'attribution d'un contrat public ?	12	15	44,44 %

#### 1. L'effectivité globale de l'évaluation des tiers

**209. Une évaluation largement effective.** Sur 16 participants, 14 affirment que leur entreprise évalue ses tiers, soit 87,5 %. Si l'on compare ces résultats avec ceux obtenus s'agissant de la mise en place de la cartographie des risques, on constate qu'ils sont meilleurs, tant en valeur absolue qu'en taux. Ceci se trouve accentué par le fait qu'une personne dont l'entreprise n'est pas soumise aux obligations de l'article 17 de la loi Sapin 2 affirme évaluer ses tiers. En tant que ces structures, qui n'excèdent pas les seuils de la loi Sapin 2 sont nécessairement confrontées à l'évaluation des tiers, puisqu'elles sont potentiellement évaluées par des entreprises qui sont bien soumises à l'article 17, l'on peut supposer que cette mesure particulière bénéficie d'une plus grande diffusion par capillarité que les autres, ce que semble démontrer ces données, bien qu'elles soient, une nouvelle fois, à relativiser.

**210. Des méthodes multiples de recueil de l'information.** À la question ouverte de savoir comment leurs entreprises collectaient des informations sur les tiers, on observe une grande pluralité de méthodes, qui fait écho à la problématique identifiée au stade de l'enquête qualitative. À l'exception d'une réponse difficilement compréhensible, par laquelle un participant précise évaluer ses tiers via le « *référé précontractuel* », et d'une autre que l'on peut également exclure, le participant ayant simplement affirmé que l'évaluation des tiers était réalisée par la « *direction RSE* » de son entreprise sans précision, il est possible de déceler trois dialectiques méthodologiques à travers les 10 autres réponses :

- **Méthode unique / Pluralité de méthodes** : la première dialectique est celle de l'unicité ou de la pluralité méthodologique. Ainsi, Sur 10 participants, 4 précisent retenir une seule méthode de collecte de l'information, et 6 optent pour une pluralité de méthodes. Il est intéressant de noter que ceux qui recourent à une méthode unique ne mobilisent pas toujours la même : 2 optent pour une logique déclarative via un questionnaire interne dédié, un pour une plateforme numérique externe nommée « *Credit Safe* » et un dernier pour des « *enquêtes d'honorabilité* ». En ce qui concerne les 6 participants rapportant que leur entreprise mobilise une pluralité de méthodes, 2 expliquent que cette variabilité est fonction du « *montant du contrat* » ou « *d'un seuil financier ou d'un risque détecté* ». Un autre précise que la méthode varie selon que le tiers est « *client ou fournisseur* ». Les trois autres n'apportent pas de précisions de cette nature et égrènent simplement les différentes méthodes utilisées.
- **Évaluation en interne / externalisation** : sur les 10 participants dont les réponses sont pertinentes, 5 précisent expressément faire appel à un prestataire extérieur, dont plusieurs sont cités : « *Credit Safe* », « *WorldCheck* », « *VIACO* » et « *Factivea* ». Les autres évoquent des questionnaires dédiés internes. Bien entendu, si l'externalisation permet de limiter les coûts de l'évaluation des tiers, il convient de rappeler qu'elle ne peut se suffire à elle-même.
- **Logique déclarative / logique d'enquête** : sur l'ensemble du panel, 4 participants affirment que leur entreprise se contente d'une démarche simplement déclarative, alors que les 6 autres précisent procéder par enquête, parfois exclusivement, parfois dans simplement certaines situations. Là encore, le seul recours à la logique déclarative ne permet pas de satisfaire aux recommandations de l'AFA.

## 2. L'évaluation des tiers dans le cadre des contrats publics

### 211. Une évaluation en apparence effective des tiers publics.

Contrairement aux résultats de l'enquête qualitative, sur 14 participants, 11 affirment évaluer effectivement leurs tiers publics dans le cadre des contrats publics, soit 78,57 %. Ce chiffre étonne particulièrement tant il contraste avec les retours d'expérience qui avaient été recueillis au stade des interviews et il convient de préciser à nouveau qu'il est à relativiser au regard de la faible étendue du panel.

En ce qui concerne la méthode d'évaluation des tiers publics, les 9 réponses montrent que les sondés ne mobilisent pas de techniques particulières s'agissant des personnes publiques. En effet, ces derniers soit précisent que l'évaluation des tiers publics se fait « *de la même façon que pour les clients privés* », soit proposent une réponse analogue à la question générale analysée précédemment.

### 212. Une évaluation contrastée par les tiers publics.

Étonnamment là encore, sur 12 participants, 6 rapportent avoir déjà été évalués par les tiers publics, en contraste avec les résultats de l'enquête qualitative. Néanmoins, il est impossible de porter plus loin l'analyse puisqu'aucun n'apporte de précision en commentaire.

## VI - Le dispositif d'alerte interne

### Résumé intermédiaire n°6

*Si le dispositif d'alerte interne ne semble pas poser de difficultés notables quant à sa mise en place, les enquêtes ont révélé une pratique étonnamment variée. En particulier, on découvre d'importantes différences en ce qui concerne le référent alerte, tantôt unique, tantôt multiple, tantôt interne à l'entreprise, tantôt extérieur. De même, la teneur des dispositifs est variable : certains sont très simples et ne prévoient qu'un seul canal d'alerte, là où d'autres sont multicanaux.*

**213. Une voie ouverte par la pratique.** Il est commun de souligner que si la logique de l'alerte est une tradition ancienne dans certains systèmes juridiques, en particulier celui des États-Unis, « *en France, la consécration de l'alerte professionnelle participe d'un profond changement culturel* »<sup>544</sup>. En réalité, c'est du fait de l'extraterritorialité de la loi SOX précitée que les grandes entreprises françaises dont les titres sont cotés aux États-Unis se sont acculturées à la logique de l'alerte interne, cette loi obligeant lesdites entreprises à se doter d'un dispositif d'alerte via son article 301-4. Dès lors, ainsi que le relève le Conseil d'État dans son étude précitée que « *c'est avant tout par le biais de la loi SOX que les entreprises françaises cotées aux États-Unis et leurs filiales se sont familiarisées, non sans une certaine réticence, avec la mise en place de dispositifs d'alerte professionnelle* »<sup>545</sup>. L'irruption de tels dispositifs dans les entreprises françaises a logiquement entraîné une prise position de la CNIL, étant entendu que, par nature, ces dispositifs procèdent de la collecte de données, potentiellement à caractère personnel. Ainsi, après quelques atermoiements, la CNIL a édicté une délibération n°2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle, prévoyant un champ d'application restrictif pour ces dispositifs émergents. Trois ans plus tard, la circulaire de la Direction générale du travail du 19 novembre 2008 mettait en lumière les problématiques juridiques inhérentes à la mise en place de tels dispositifs : « *les dispositifs d'alerte professionnelle ne sont pas encadrés par un dispositif juridique propre, mais n'échappent pas pour autant au droit. Ils se trouvent même au cœur d'une interpénétration complexe de différents champs juridiques (droit du travail, droit pénal des affaires, loi « informatique et libertés », etc.)* ».

Un encadrement juridique des dispositifs d'alerte a ensuite été engagé, d'abord de façon désordonnée, avant que des textes plus récents n'interviennent pour tenter d'unifier ces différents régimes.

**214. L'encadrement législatif : de la multiplication à l'unification.** Une pluralité de dispositions législatives est en effet intervenue pour créer des dispositifs sectoriels sur lesquels il ne s'agira pas de revenir ici. Cela avait conduit le Conseil d'État, dans son étude de 2016, à estimer que « *les dispositions sectorielles récemment adoptées par le*

<sup>544</sup> N. LENOIR, A. DILL et H. BERION, « Alerte professionnelle et protection des données personnelles », *JCP G*, 2018, n°19-20, p. 947.

<sup>545</sup> Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, op. cit., p. 24.

*législateur couvrent un spectre très large, mais présentent une faible lisibilité et des différences génératrices d'insécurité juridique* »<sup>546</sup>. En pratique, la conséquence pour les opérateurs résidait en une « *articulation* », non seulement entre les différents dispositifs, mais encore entre ces dispositifs et les obligations de secret et de discrétion professionnels, qui n'était « *pas satisfaisante* »<sup>547</sup>. Ainsi, suivant en cela les recommandations du Conseil d'État, la loi Sapin 2 créait une obligation de mise en place d'un dispositif d'alerte interne en son article 8, précisé par le décret du 19 avril 2017. Ainsi, tout opérateur économique de plus de 50 salariés est tenu de mettre en place un dispositif d'alerte, en laissant une certaine latitude aux entreprises quant aux modalités effectives du dispositif, laissant planer un « *flou* » présageant une mise en œuvre

« *difficile* »<sup>548</sup>. Néanmoins, dans un « *souci de lisibilité* », les recommandations de l'AFA invitent les entreprises, du fait de l'existence de « *différents dispositifs d'alerte professionnelle* » à « *la mise en place d'un dispositif technique unique de recueil des signalements* »<sup>549</sup>. Cependant, il apparaissait que l'objectif de rationalisation et de simplification poursuivi par la loi Sapin 2 n'était que « *partiellement atteint* »<sup>550</sup>, du fait de la non-suppression de certains dispositifs sectoriels et de l'incertitude régnant, notamment, autour de l'alerte anticorruption de l'article 17 de la loi, dont seules les recommandations de l'AFA permettaient d'être certain qu'elle ne constituait pas un dispositif nécessairement dédié, mais pouvait s'inscrire, comme cela a été dit, dans un mécanisme unique. Dans ce contexte, la directive 2019/1937 a vocation à avancer encore sur le chemin de l'unification, comme sa loi de transposition du 21 mars 2022 dont il s'agit de l'une des ambitions affichées. Restera à déterminer si, cette fois-ci, les objectifs seront, d'un point de vue empirique, bien remplis.

## A – Enquête qualitative

**215.** Comme le précise le représentant d'un opérateur économique, le dispositif d'alerte interne « *fait partie des mesures difficiles à mettre en œuvre* »<sup>551</sup>, puisqu'en réalité, plusieurs difficultés sont à surmonter. Cette même personne en mentionne trois : la « *barrière de la langue* » qui ne concerne que les entreprises ayant une activité à l'international, la « *question du traitement des alertes* », qui suppose un important travail de discernement entre ce qui doit faire l'objet d'un traitement et ce qui n'est ni justifié, ni étayé, étant entendu « *qu'il y a une part d'effet d'aubaine créé par les systèmes d'alerte, qui peut réellement être contreproductif dans le traitement des cas réels* » et, enfin, la question des « *investigations de l'entreprise* » pour les alertes traitées, avec le risque que ces investigations soient perçues, de l'extérieur, comme « *de la complicité* »<sup>552</sup>. Par-delà ces difficultés, qui n'ont été mentionnées que par un seul interviewé, des pratiques d'une diversité notable ont pu nous être exposées.

<sup>546</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>547</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>548</sup> C. CHAPUIS, « Dispositif d'alerte dans les entreprises : une mise en œuvre qui soulève des questions », *D. actu*, 9 nov. 2016.

<sup>549</sup> *Recommandations de l'AFA 2021, op. cit.*, p. 34.

<sup>550</sup> P. LAGESSE et V. ARMILLEI, « Le statut du lanceur d'alerte. État des lieux et proposition de directive européenne », *RICEA*, 2019, n°2, p. 17.

<sup>551</sup> OE 3.



---

<sup>552</sup> *Ibid.*

**216. Un traitement variable des alertes anonymes.** La question du traitement des alertes anonymes est particulièrement délicate. Même la directive 2019/1937 ne tranche pas en laissant, en son article 6, les États membres libres « *de décider si les entités juridiques du secteur privé ou public et les autorités compétentes sont tenues d’accepter les signalements anonymes de violations et d’en assurer le suivi* ». Il n’est donc pas étonnant de trouver, en pratique, les deux attitudes. L’une consistant à dire que les alertes anonymes ne sont « *pas saines et peu exploitables* »<sup>553</sup> et ne sont généralement pas traitées. L’autre consistant à accepter et à instruire de la même manière que les alertes non anonymes celles transmises « *de manière anonyme* »<sup>554</sup>.

La question est véritablement délicate et fait écho à la difficulté évoquée plus haut de discerner entre l’alerte sérieuse et l’alerte qui ne le serait pas : l’anonymat est-il un indice du caractère sérieux d’une alerte ? On peut raisonnablement en douter puisqu’il y a une part – insondable il faut en convenir – de crainte de la part du salarié qui décide de lancer une alerte, crainte qui peut s’atténuer dans la garantie de l’anonymat. Cette difficulté peut trouver des éléments de résolution dans l’architecture même du dispositif d’alerte.

**217. Le(s) référent(s) alerte : les couples unité/pluralité et internalisé/externalisé.** C’est d’abord à travers la désignation du ou des référents « alerte » que la question de l’anonymat peut se trouver résolue. En particulier, plusieurs entreprises précisent avoir choisi un système d’alerte externalisé, précisément afin « *d’éviter une certaine réticence* » des salariés<sup>555</sup>. Le représentant de l’une de ces entreprises nous décrit le dispositif qui, dans sa structure, se superpose à un système internalisé plus classique : l’entreprise prestataire « *peut être contactée par nos collaborateurs et transfère ensuite anonymement l’alerte au directeur de la conformité* »<sup>556</sup>. Ce dispositif apparaît assez vertueux puisqu’il introduit un tiers qui se trouve à la fois gardien de l’identité du lanceur d’alerte et garant de son anonymat vis-à-vis de l’employeur. Cela permet de limiter la tentation de lancer des alertes fictives (non suffisamment étayées ou calomnieuses), puisque l’auteur de telles alertes est connu de l’entreprise prestataire, tout en atténuant la crainte liée à l’absence totale d’anonymat.

Pour le reste, les dispositifs sont plus fréquemment internes, avec parfois une structure dédiée à l’intérieur de l’entreprise, mais bénéficiant d’un certain degré d’indépendance, située « *à l’extérieur de la mêlée* »<sup>557</sup> ceci afin d’aboutir au même résultat que précédemment décrit s’agissant de la méthode externalisée. Dans ces dispositifs internes, l’on peut discerner des dispositifs qui ne font intervenir qu’une seule personne, le référent alerte, clairement identifié comme tel et d’autres qui supposent, outre ce référent, la mobilisation d’autres salariés, généralement les « *managers* »<sup>558</sup> qui peuvent collecter les alertes, opérer un premier

---

<sup>553</sup> OE 2.

<sup>554</sup> OE 4 ; OE 7.

<sup>555</sup> OE 2.

<sup>556</sup> OE 7.

<sup>557</sup> OE 5.

<sup>558</sup> OE 7.

traitement avant de les transmettre au référent, selon une logique ascendante calquée sur la « *pyramide hiérarchique* »<sup>559</sup> de la structure.

**218. Le système d'alerte : monocanal ou multicanal.** L'on retrouve ici la même diversité que concernant les acteurs publics. Certaines sociétés ont choisi un système monocanal là où d'autres acceptent que les alertes leur parviennent par tous moyens. De nombreux médias nous ont été mentionnés : « *ligne téléphonique bilingue* »<sup>560</sup>, « *numéro vert* »<sup>561</sup>, « *boîte mail* »<sup>562</sup>... sans qu'il soit possible de dire lequel est le plus efficace.

Un interviewé, néanmoins, précise que, selon son expérience, la « *boîte mail dédiée* » n'est pas pertinente, car elle ne permet pas de « *faciliter l'alerte* », mais a plutôt tendance à la « *freiner* »<sup>563</sup>.

**219. La publicité du dispositif.** Celle-ci doit être particulièrement large et la totalité des personnes interrogées s'accordent à le dire : le dispositif doit être « *affiché partout* »<sup>564</sup> de manière à ce que tout le monde puisse y avoir accès sans dispenser le moindre effort. Un interviewé précise même que « *toutes les informations sont inscrites sur tous les photocopieurs de l'entreprise, même nos clients qui viennent dans nos locaux le voient nécessairement* »<sup>565</sup>. Un autre ajoute que la publicité du dispositif « *est naturellement accompagnée d'une forte sensibilisation de l'ensemble de nos salariés par des campagnes d'affichage* »<sup>566</sup>.

## B – Enquête quantitative

### 220. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Existe-t-il un dispositif d'alerte interne dans votre entreprise ?	15	12	55,56 %
Si non à la première question. Est-ce en projet dans votre entreprise ?	2	25	7,41 %
Si oui à la première question. Comment se matérialise-t-il ?	12	15	44,44 %

<sup>559</sup> OE 5.

<sup>560</sup> OE 2.

<sup>561</sup> OE 5.

<sup>562</sup> OE 4 ; OE 6

<sup>563</sup> OE 2.

<sup>564</sup> OE 4.

<sup>565</sup> OE 7.

<sup>566</sup> OE 2.

**221. Une mesure largement mise en place.** Sans grande surprise, l'extrême majorité des sondés affirme qu'un dispositif d'alerte interne est en place dans leur entreprise. En effet, sur 15 participants, 13, soit 86,67 % répondent en ce sens et sur les 2 ayant répondu par la négative, un précise que la mise en place d'un tel dispositif est bel et bien en cours.

**222. La teneur du dispositif : l'enquête qualitative confirmée.** Les résultats obtenus dans le cadre de l'enquête qualitative, qui démontraient une hétérogénéité certaine des dispositifs, s'agissant non seulement des personnes en charge du référencement des alertes, mais encore des modalités du système se trouvent confirmés. Sur les 12 réponses recueillies à la question de la matérialisation du dispositif, seules 9 sont véritablement exploitables, puisque 3 d'entre elles se contentent de préciser que le régime de protection des lanceurs d'alerte est « *en place* », ce qui n'apporte pas d'informations véritablement utilisables.

- **Système externalisé / système internalisé :** sur ces 9 participants ayant précisé la teneur de leur système d'alerte, 6 font état d'un dispositif interne, soit 66,66 %, 2 d'un dispositif externalisé et un d'un dispositif mixte. Parmi les 2 participants qui font état d'une externalisation du dispositif, un justifie ce choix : « *nous avons confié à un organisme interne et indépendant la collecte des alertes, de sorte que l'anonymat des lanceurs d'alerte soit parfaitement garanti et qu'il n'y ait pas d'autocensure par peur de représailles* ».

**Système monocanal / système multicanaux :** le choix d'un système monocanal ou d'un système multicanaux est partagé puisque sur les 9 réponses recueillies, 5 décrivent un système monocanal (55,56 %) et 4 un système multicanaux (44,44 %). En ce qui concerne ces derniers, ils sont très variables. Certains font intervenir le supérieur hiérarchique en amont du référent éthique ou en parallèle d'une plateforme externe là où d'autres optent pour une plateforme numérique interne couplée d'une adresse mail dédiée ou d'un numéro de téléphone spécial. Les systèmes monocanaux décrits par les participants sont majoritairement numériques : 3 d'entre eux se matérialisent simplement par une plateforme intranet, un par un organisme extérieur en charge du recueil des alertes et le dernier, semble-t-il plus archaïque, consiste simplement à rediriger les alertes « *vers le service RH* ».

## VII - Les procédures comptables

### Résumé intermédiaire n°7

Les enquêtes qualitative et quantitative ne permettent pas d'avoir une vision suffisante de la mise en œuvre des procédures de contrôle comptable de prévention de la corruption. Ceci s'explique certainement par la moindre connaissance de cette thématique par les personnes interrogées, davantage spécialistes de la commande publique. Il reste néanmoins que la mesure semble bel et bien mise en place.

**223. Inspiration américaine.** La mise en place de contrôles comptables internes permettant de détecter des faits de corruption et la possibilité d'une sanction indépendante de tout fait de corruption, mais simplement liée à l'absence de mise en place de ces contrôles semble inspirée du *Foreign Corrupt Practices Act* fédéral de 1977<sup>567</sup> et, plus largement, constitue désormais un « *critère standard en matière de programmes de conformité* »<sup>568</sup>. Ces contrôles permettent un renforcement des contrôles comptables plus classiques selon une finalité prédéterminée : la lutte contre la corruption.

**224. Des contrôles à trois niveaux.** Formellement, de la même manière que s'agissant des autorités contractantes, les opérateurs économiques doivent mettre en place trois niveaux de contrôle, analogues à ceux décrits *supra*<sup>569</sup>.

**225. Externalisation.** Contrairement aux autorités contractantes, pour lesquelles ces contrôles comptables ne sauraient être totalement externalisés, en particulier ceux exercés par le comptable public et en gardant à l'esprit qu'une ébauche d'externalisation peut être entrevue dans le cadre de la certification des comptes actuellement en expérimentation s'agissant des collectivités territoriales, les contrôles comptables anticorruption des opérateurs économiques peuvent être confiés à des « *entités que l'entreprise mandate à cette fin* »<sup>570</sup>. Par ailleurs, dans les entreprises soumises à l'obligation de certification des comptes par un commissaire aux comptes, celui-ci prend une part active dans ces contrôles.

### A – Enquête qualitative

**226.** Il convient ici de rappeler que les personnes interrogées sont des juristes spécialisés dans la commande publique. Il s'agit là d'un biais qu'il faut avoir à l'esprit et qui explique que nos interlocuteurs n'avaient que peu d'informations quant à la mise en place pratique de ces dispositifs.

<sup>567</sup> <https://www.justice.gov/criminal-fraud/corporate-enforcement-policy>

<sup>568</sup> A. GAUSTAD et M.-A. NICOLAS, « Les premiers rapports de contrôle de l'AFA. La révolution préventive se confirme : impossible ne saurait être français », *op. cit.*

<sup>569</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 38.

<sup>570</sup> *Ibid.*, p. 41.

**227. Une mobilisation des comptables et commissaires aux comptes.** Deux personnes interrogées soulignent toutefois que la loi Sapin 2 a permis de « *verrouiller plus fermement certaines procédures à risques* » grâce à une grande implication « *des commissaires aux comptes pour améliorer les procédures de contrôle comptable* »<sup>571</sup>, mais également des « *comptables de l'entreprise* » qui ont pu « *tout compartimenter* »<sup>572</sup>.

**228. Une logique de ciblage des opérations à risque.** À propos des procédures de contrôle comptable, de l'aveu d'un interviewé, « *très longtemps on s'est demandé ce que la loi voulait dire sur ce point* »<sup>573</sup>. Mais sur ce point, les recommandations de l'AFA ont eu le grand mérite d'apporter une certaine clarification, en précisant que ces contrôles se déploient aussi en fonction de la cartographie des risques.

Dès lors, on a pu constater que les entreprises s'adonnent généralement à des contrôles ciblés sur « *certaines opérations spécifiques* »<sup>574</sup> à risques. Sont notamment mentionnés par nos interlocuteurs, en ce qui concerne les opérations liées à la commande publique, les relations financières avec les « *sous-traitants* »<sup>575</sup>, « *les cadeaux et les invitations* » ou plus simplement la facturation, étant entendu, selon un représentant d'opérateur économique, qu'il est « *très complexe de détecter la surfacturation* » et qu'à ce propos, il convient d'être extrêmement vigilant<sup>576</sup>.

## B – Enquête quantitative

### 229. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Votre entreprise a-t-elle mis en place un système de contrôle comptable interne permettant de détecter d'éventuelles opérations à risque ?	12	15	44,44 %

**230. Une mise en place moins connue.** Pareillement à l'enquête qualitative, les participants à l'enquête quantitative sont moins nombreux à se prononcer sur la question des contrôles comptables. Sans doute la spécialisation des répondants en contrats publics a encore joué son rôle, puisque seules 12 personnes ont répondu à cette question, dont 9 positivement, soit 75 %.

<sup>571</sup> OE 2.

<sup>572</sup> OE 7.

<sup>573</sup> OE 3.

<sup>574</sup> *Ibid.*

<sup>575</sup> OE 3.

<sup>576</sup> OE 4.

Par ailleurs, les précisions apportées en commentaire ne permettent pas de dresser une synthèse quantitative, puisque seuls deux commentaires exploitables ont été rédigés. Un premier précise que le dispositif comptable se déploie à plusieurs niveaux : « *double validation des engagements de dépense, service comptabilité tiers “indépendant”, contrôle au hasard sur certaines thématiques* ». Un second mentionne des « *thèmes précis* » qui se trouvent contrôlés, en particulier les « *honoraires intermédiaires et notes de frais par exemple* ».

## VIII - Le dispositif de contrôle et d'audit interne

### **Résumé intermédiaire n°8**

*Le dispositif de contrôle et d'audit interne des mesures anticorruption apparaît, lui aussi, moins connu des participants aux enquêtes qualitative et quantitative. Ces derniers savent certes qu'un tel dispositif est en place dans leur entreprise et que parfois il fait l'objet d'une structure interne dédiée, mais n'apportent généralement pas de précisions quant à sa teneur.*

#### **231. Une mesure davantage précisée par les recommandations de l'AFA.**

Si l'on compare avec les recommandations de l'agence s'agissant des opérateurs économiques, celles concernant les acteurs publics sont davantage formalisées. En effet, si les trois niveaux sont à nouveau préconisés, l'agence propose ici un tableau particulièrement détaillé de ces trois niveaux, appliqués à chacune des autres mesures du dispositif anticorruption<sup>577</sup>.

De ce point de vue, les recommandations de l'AFA excèdent très largement les prévisions de la loi « *et des standards internationaux* »<sup>578</sup>

### **A – Enquête qualitative**

**232.** Le dispositif de contrôle et d'audit interne ne semble pas présenter de difficultés particulières dans sa mise en place, ce qui est probablement dû aux recommandations détaillées de l'AFA sur ce point. Néanmoins, la mise en place effective des trois niveaux de contrôle et d'audit semble conditionnée à la mise en œuvre de moyens importants.

**233. Une organisation dédiée.** Trois représentants d'opérateurs économiques précisent que leur société a procédé à des modifications de nature organisationnelle pour mettre en place des contrôles et audits internes. Ceci a pu se matérialiser par la mise en place d'un « *comité d'audit* »<sup>579</sup>, de la dévolution de cette mission à une branche d'un « *comité compliance* »<sup>580</sup> ou à un plus vaste « *changement des organigrammes en mentionnant les dispositifs et directions en charge du contrôle* »<sup>581</sup>.

Cependant, il faut préciser que la mise en place d'une organisation lourde en charge de ces contrôles n'est possible que dans des structures d'une taille suffisante et est aussi « *une question de moyens, notamment pour les entreprises qui sont juste au-dessus du seuil* »<sup>582</sup>.

**234. Une variabilité dans l'intensité des contrôles.** Globalement, les personnes interrogées précisent que les trois niveaux de contrôle sont bien effectués, mais n'ont

<sup>577</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit., p. 77.*

<sup>578</sup> A. GAUSTAD et M.-A. NICOLAS, « Les premiers rapports de contrôle de l'AFA. La révolution préventive se confirme : impossible ne saurait être français », *op. cit.*

<sup>579</sup> OE 2.

<sup>580</sup> OE 7.

<sup>581</sup> OE 5

<sup>582</sup> OE 7.

pas de données sur l'intensité effective de ces contrôles, en particulier du fait du « *manque de recul* »<sup>583</sup> face à des dispositifs récents.

Un interviewé, cependant, précise que son entreprise éprouve quelques difficultés dans la mise en place des contrôles de 2<sup>ème</sup> niveau. Il est intéressant de noter que c'est précisément ce niveau de contrôle qui avait été pointé du doigt par le représentant d'une autorité contractante comme délicat à déployer.

## B – Enquête quantitative

### 235. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Existe-t-il un dispositif de contrôle interne du dispositif anticorruption dans votre entreprise ?	13	14	48,15 %
Si oui à la précédente question. Ce contrôle est-il décliné en trois niveaux selon les recommandations de l'Agence française anticorruption ?	9	18	33,33 %

**236. Une mise en place également moins connue.** De la même manière que s'agissant des contrôles comptables, les dispositifs de contrôle interne sont, manifestement, moins connus des participants au questionnaire. Sur 13 participants, 10 affirment que leur entreprise a bel et bien mis en place un tel dispositif, soit 76,92 %. Par ailleurs, sur 9, 8 précisent que ce dispositif est décliné en trois niveaux conformément aux recommandations de l'AFA. Cependant, seul l'un d'entre eux décrit brièvement l'architecture du dispositif mis en place dans sa société en ces termes : « *1<sup>er</sup> niveau par les opérateurs, 2<sup>ème</sup> niveau par les correspondants éthique, 3<sup>ème</sup> niveau par le Directeur de l'Audit* ».

Naturellement, ces données ne sont pas assez étoffées pour en faire une analyse plus approfondie.

<sup>583</sup> OE 2.

## IX - Le régime disciplinaire

### Résumé intermédiaire n°9

*En pratique, le régime disciplinaire ne souffre guère de difficultés. En effet, il s'agit d'une mesure bien maîtrisée qui, bien souvent, préexiste dans l'entreprise. Il n'est alors pas étonnant que les participants aux enquêtes n'aient apporté que de maigres précisions le concernant.*

**237. Surabondance ?** L'obligation, introduite par l'article 17 de la loi Sapin 2 de mettre en place un régime disciplinaire pour sanctionner les manquements au code de conduite a pu apparaître surabondante. En effet, étant entendu que le code de conduite est intégré au règlement intérieur, s'agissant des entreprises de plus de 20 salariés – ce qui concerne donc l'ensemble des entreprises soumises à l'article 17 – il y avait une intégration « de facto du respect dudit code dans le champ du pouvoir disciplinaire »<sup>584</sup>. Néanmoins, alors qu'au cours des débats parlementaires sur la loi Sapin 2, cette surabondance avait été soulevée par le Sénat, le Gouvernement n'avait pas souhaité modifier son projet en ce sens, si bien que la mise en place d'un régime disciplinaire est demeurée partie intégrante du dispositif de l'article 17.

Ceci tend à expliquer que, s'agissant de cette mesure, les recommandations de l'AFA soient particulièrement succinctes.

**238. Communication.** Pour succinctes qu'elles soient, les recommandations n'en demeurent pas moins plus larges que les stricts commandements de la loi, puisqu'elles préconisent, au titre de la communication interne, que « *la diffusion, sous un format garantissant la totale anonymisation, des sanctions disciplinaires peut être demandée par l'instance dirigeante, afin de rappeler la politique de tolérance zéro à l'égard de tout comportement contraire à l'intégrité et à la probité* »<sup>585</sup>. Cette logique communicationnelle apparaît en ce sens comme un écho aux « *standards internationaux en la matière* »<sup>586</sup>. Apparaît alors une fonction accessoire au régime disciplinaire : outre sa fonction répressive principale vis-à-vis des salariés concernés, elle est investie d'une fonction pédagogique – par la menace il est vrai – à destination de l'ensemble du personnel de l'entreprise.

### A – Enquête qualitative

**239.** La mise en place d'un régime de sanction disciplinaire ne fait pas l'objet de difficultés particulières, il s'agit d'un procédé maîtrisé. Mais on note cependant une réelle tendance dans le sens d'une sévérité accrue face aux faits de corruption.

<sup>584</sup> F. VERDUN, « La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social », *op. cit.*

<sup>585</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit.*, p. 47.

<sup>586</sup> A. GAUSTAD et M.-A. NICOLAS, « Les premiers rapports de contrôle de l'AFA. La révolution préventive se confirme : impossible ne saurait être français », *op. cit.*

**240. Un procédé maîtrisé.** Toutes les entreprises sondées affirment ne pas avoir rencontré de difficulté dans la mise en place du régime disciplinaire, pour une raison toute simple, à savoir qu'il est venu se greffer sur un dispositif disciplinaire existant.

**241. Une sévérité constatée.** Si les recommandations de l'AFA rappellent que le principe essentiel du régime disciplinaire est celui de la « *gradation des sanctions* »<sup>587</sup>, on note tout de même une certaine inclinaison à la sévérité. Ainsi, à l'exception d'une personne interrogée, qui affirme mettre en œuvre ce principe de gradation, notamment vis-à-vis « *des personnes qui n'avaient pas conscience de ce qu'elles faisaient* »<sup>588</sup>, les autres affirment leur fermeté face à des faits de corruption, en pratiquant le licenciement quasi systématique, sans parfois attendre l'issue de la procédure pénale<sup>589</sup>. Un représentant d'opérateur économique précise par ailleurs que son entreprise va même au-delà en ayant mis en place une politique de « *sanction maison* » qui se décline en « *licenciement et constitution de partie civile dans les cas les plus graves* »<sup>590</sup>.

## B – Enquête quantitative

### 242. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Votre entreprise a-t-elle mis en place un régime disciplinaire particulier pour traiter les manquements au code de conduite ?	11	16	40,74 %
Si non à la première question. Est-ce en projet dans votre entreprise ?	6	22	18,52 %

**243. Diversité relative des pratiques.** Sur les 11 personnes ayant participé à la question de savoir si leur entreprise avait mis en place un régime disciplinaire particulier pour traiter des manquements au code de conduite anticorruption, 5 répondent positivement, soit 45,45 %. Celles ayant répondu par la négative précisent par ailleurs que ce n'est pas en projet dans leur entreprise, l'une commentant par ailleurs sa réponse en ces termes : « *nous nous en remettons aux sanctions prévues au règlement intérieur de l'entreprise* ».

Ceci confirme globalement ce qui avait été constaté au stade de l'enquête qualitative, à savoir que le régime disciplinaire est quelque chose de bien connu des entreprises et que

<sup>587</sup> *Recommandations de l'AFA de 2021, op. cit., p. 47.*

<sup>588</sup> OE 6.

<sup>589</sup> OE 4.

<sup>590</sup> OE 5.

certaines étaient déjà pourvues d'un tel régime satisfaisant aux exigences de la loi Sapin 2 et des recommandations de l'AFA antérieurement à leur entrée en vigueur.

## Partie III

# Le rôle préventif de l'Agence française anticorruption

**244. Rappel historique.** Instituée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016, l'AFA succède en réalité à une autre entité, le Service central de prévention de la corruption, qui avait été mis en place par la loi Sapin 1 du 29 janvier 1993. La création d'un service central dédié à la lutte contre les pratiques corruptives avait d'ailleurs été appelée de ses vœux par le Rapport Bouchery<sup>591</sup>, à ceci près que ce dernier préconisait la création d'un « service central de lutte contre la corruption », là où le législateur opta finalement pour le terme de « prévention », non de « lutte », un glissement sémantique permettant notamment de ne pas faire uniquement de ce service une sorte d'auxiliaire de justice pénale. En réalité, le SCPC était investi de trois séries d'attributions par l'article 1<sup>er</sup> de la loi Sapin 1. D'abord, il était en charge de la centralisation des « *informations nécessaires à la détection et à la prévention* » des faits constitutifs de manquements au devoir de probité. Il avait donc un rôle informationnel de premier plan, qui se manifestait non seulement par la divulgation des chiffres du phénomène de corruption, mais encore par des analyses souvent très approfondies de la jurisprudence dans ses rapports annuels. Ensuite, l'alinéa 2 de l'article 1<sup>er</sup> de la loi prescrivait : « *il prête son concours sur leur demande aux autorités judiciaires saisies de faits de cette nature* », actant ainsi le maintien, nonobstant le changement de dénomination, d'un rôle d'auxiliaire de l'autorité judiciaire<sup>592</sup>. Enfin, apparaissait dans la loi, au troisième rang, son rôle préventif au sens propre :

« *il donne sur leur demande aux autorités administratives des avis sur les mesures susceptibles d'être prises pour prévenir de tels faits* ». Néanmoins, il faut noter que le SCPC ira loin dans l'exercice de ses attributions, n'hésitant pas à formuler des propositions de réforme, en particulier au travers des analyses thématiques qu'il livrait dans ses rapports annuels<sup>593</sup>.

**245. Présentation synthétique.** Afin de s'inscrire davantage dans les standards internationaux<sup>594</sup>, la loi Sapin 2 a substitué l'AFA au SCPC, laissant entrevoir l'émergence d'une « *nouvelle dynamique d'intégrité* »<sup>595</sup>. Au plan organique, l'AFA demeure un

<sup>591</sup> *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique*, La documentation française, coll. « rapports officiels », Paris, 1993.

<sup>592</sup> V. M. BARRAU, « Un instrument de lutte contre la corruption : le SCPC », *AJ Pénal*, 2006, p. 202.

<sup>593</sup> V. par exemple, concernant la commande publique, le rapport annuel de 2013 : [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/scpc\\_rapport2013.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/scpc_rapport2013.pdf)

<sup>594</sup> C. ROLLAND, « Création de l'agence française anticorruption par la loi Sapin 2 : quels moyens pour quelle action ? », *AJCT*, 2017, p. 124.

<sup>595</sup> C. PREBISSY-SCHNALL, « L'Agence Française Anticorruption et la commande publique : vers une nouvelle dynamique



service à compétence nationale et non une autorité administrative ou publique indépendante, ce qui a pu susciter certaines interrogations<sup>596</sup>. Néanmoins, là où le SCPC était rattaché au seul ministère de la Justice, l'AFA bénéficie d'un double rattachement, à la chancellerie et au ministre en charge du budget. L'article premier de la loi offre une définition générale du rôle de l'agence, qui est « *d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme* ». Une telle rédaction est assez lourde de sens. D'une part, elle confirme que l'agence a vocation à intervenir sur la totalité du spectre des manquements au devoir de probité, puisque toutes les infractions pénalement répréhensibles sont mentionnées *in extenso*. Mais d'autre part, l'accent est largement porté sur la mission d'assistance de l'agence, à travers le verbe « *aider* ». Ce faisant, le rôle préventif semble porté au pinacle, ce qui traduit une inflexion du rôle d'auxiliaire de justice pénale. En effet, bien qu'il soit par ailleurs précisé que l'agence a aussi vocation à détecter les manquements au devoir de probité, cette fonction apparaît reléguée au second plan puisque ce n'est qu'au 6° de l'article 3 de la loi – qui égrène plus précisément les missions de l'agence – qu'il est précisé que l'agence avise le procureur de la République ou le procureur de la République financier des crimes et délits dont elle aurait eu connaissance.

Pour le détail, les missions de l'AFA sont précisées à l'article 3 susmentionné de la loi Sapin 2, lequel se trouve précisé par un décret n°2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption. Pour l'essentiel, ces missions peuvent se décliner selon une présentation tertiaire :

- **Une mission de coordination** : selon le 1° de l'article 3 de la loi Sapin 2, l'AFA « *participe à la coordination administrative, centralise et diffuse les informations permettant d'aider à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme* ». À ce titre, précise notamment l'article 1<sup>er</sup> du décret, elle élabore un « *plan pluriannuel de lutte contre la corruption* ». Néanmoins, il faut noter que dans sa rédaction, le décret ne semble pas réellement dissocier cette mission du rôle de conseil de l'agence, puisque ce même article lie cette mission de coordination administrative au rôle d'appui et d'assistance de l'agence vis-à-vis des acteurs publics. Cependant, ces fonctions apparaissent bel et bien distinctes, en témoigne l'exposé des motifs de la proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption qui ambitionne de transférer les missions de conseil et de contrôle à la HATVP tout en préservant le rôle de coordination de l'AFA.
- **Une mission de conseil** : sans doute s'agit-il là de la mission de l'AFA la plus développée, tant elle se décline selon de multiples modalités. Globalement, cette mission de conseil a vocation à diffuser une certaine culture de la conformité anticorruption chez l'ensemble des acteurs, publics ou privés, soumis aux dispositions de l'article 3 ou de l'article 17 de la loi Sapin 2. Concrètement, ce rôle de conseil se matérialise par trois types d'appuis que l'AFA peut apporter aux acteurs publics et

<sup>596</sup> J. WALTHER, « La loi Sapin II et l'Agence anticorruption : premier bilan critique », *LPA*, 2016, n°257, p. 7.

privés<sup>597</sup>. Premièrement, un « *appui générique* », qui consiste en la publication des recommandations générales de l'AFA, dont la dernière version est parue au journal officiel en janvier 2021 et de guides et chartes plus spécifiques, tels que le guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*<sup>598</sup>. Deuxièmement, un « *appui spécifique* », qui permet « *d'apporter un éclairage ou une expertise aux questions partagées par un groupe d'acteurs publics aux missions analogues* »<sup>599</sup> ou « *un groupe d'acteurs économiques* »<sup>600</sup>. Concrètement, cet appui sectoriel se traduit par la publication de guides sectoriels mise en place d'ateliers regroupant idéalement une trentaine de personnes maximum ainsi que d'une offre de formation dédiée à un ensemble d'organes partageant des traits caractéristiques similaires. Enfin, troisièmement, un « *appui individuel* », qui peut prendre plusieurs formes : tantôt de simples réponses à des demandes spécifiques, qui peuvent être adressées à l'agence par courrier ou par mail, tantôt un accompagnement suivi, sur une période donnée et fondé sur le principe du volontariat. Sur ce point, il faut noter que les activités de conseil du SCPC étaient moins développées, bien que celui-ci se soit adonné à des actions de formation ou de sensibilisation, le service reconnaissait que ce n'était qu'« *au fil du temps* »<sup>601</sup> qu'il avait pu commencer à développer de telles activités, lesquelles n'étaient pas expressément prévues par la loi Sapin 1, à l'exception des avis que pouvaient lui demander les autorités administratives conformément à l'alinéa 3 de l'article 1<sup>er</sup> de la loi. Néanmoins, de l'aveu même du service dans son dernier rapport, « le nombre de demandes d'avis de ces autorités est, comme les années précédentes, resté très faible »<sup>602</sup>.

- **Une mission de contrôle** : il s'agit là d'une nouveauté puisque le SCPC n'était pas pourvu d'une telle mission de contrôle. Sur le fondement des 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> de l'article 3 de la loi Sapin 2, ce dernier renvoyant à l'article 17, l'AFA contrôle la mise en place des dispositifs anticorruption chez les acteurs publics ou privés. Cette mission de contrôle, incarnée par l'une des deux sous-directions de l'agence, se matérialise d'une part par des contrôles dits « *d'initiative* », diligentés à la suite d'une décision de son directeur et de contrôles « *d'exécution* » qui ont vocation à vérifier la bonne exécution des sanctions administratives ou judiciaires confinant à la mise en place, au sein d'une structure, d'un dispositif anticorruption. Logiquement, une telle mission n'incombait pas au SCPC étant entendu que c'est la loi Sapin 2 qui est venue imposer la mise en place de dispositifs anticorruption. Du reste, cette mission de contrôle s'accompagne, s'agissant des organismes assujettis à l'article 17 de la loi Sapin 2, d'un pouvoir de sanction, incarné

---

<sup>597</sup> V. sur ce point AFA, *Charte de l'appui aux acteurs économiques* : [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/2018-09\\_-\\_Charte\\_dappui\\_aux\\_acteurs\\_eco\\_0.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/2018-09_-_Charte_dappui_aux_acteurs_eco_0.pdf) et AFA, *Charte de l'accompagnement des acteurs publics* : [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/AFA\\_-\\_Charte\\_de\\_laccompagnement\\_des\\_acteurs\\_publics\\_janvier\\_2019.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/AFA_-_Charte_de_laccompagnement_des_acteurs_publics_janvier_2019.pdf)

<sup>598</sup> AFA/DAE, *Maîtriser le risqué de corruption dans le cycle de l'achat public*, op. cit.

<sup>599</sup> AFA, *Charte de l'accompagnement des acteurs publics*, op. cit., p. 4.

<sup>600</sup> AFA, *Charte de l'appui aux acteurs économiques*, op. cit., p. 4.

<sup>601</sup> SCPC, *Rapport 2015*, p. 140.

<sup>602</sup> *Ibid.*, p. 138.

par une commission des sanctions. Il faut ici noter qu'un tel dispositif ne concerne pas les acteurs publics soumis à l'article 3 de la loi.

**246. Un transfert de compétence envisagé.** La proposition de loi « Gauvain » déjà évoquée ambitionne de réformer la loi Sapin 2 en transférant les compétences de conseil et de contrôle du secteur public à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. Ce faisant, l'AFA serait cantonnée à ses missions de coordination administrative et de conseil et de contrôle aux entreprises. Du reste, il est à noter que la proposition de loi envisage de créer au sein de la HATVP une commission des sanctions, sur le modèle de celle qui existe déjà à l'AFA s'agissant des entreprises, afin de pouvoir sanctionner les acteurs publics ne respectant pas l'obligation nouvelle qui leur serait imposée de mettre en place les huit mesures anticorruption.

**247. Objet de la partie.** L'objet de la présente partie est donc de mesurer l'effectivité du rôle préventif de l'AFA à travers le prisme de sa perception par les praticiens des contrats publics, en étudiant d'une part la prévention par ses missions de conseil (**Section I**) et, d'autre part, la prévention par ses missions de contrôle (**Section II**).

## Section I

# La prévention par le conseil

### Résumé d'étape n°1

Prise dans sa globalité, l'activité de conseil de l'Agence française anticorruption est plutôt bien considérée par les praticiens. Ceci étant, les appréciations divergent si l'on entre dans le détail des différentes manifestations de cette activité de conseil.

L'appui individuel, peu développé du fait des moyens contraints dont bénéficie l'AFA, semble souvent vu d'un œil suspicieux, ce qui est lié, selon certains praticiens, à la dualité fonctionnelle de l'AFA et à la croyance qu'une demande de conseil à l'agence revient, en quelque sorte, à prêter le flanc et à risquer un contrôle. Mais cette vision des choses n'est pas partagée par tous : de nombreux praticiens affirment que les conseils de l'AFA ont été profondément bénéfiques pour l'élaboration de leur dispositif anticorruption.

L'appui générique, consistant pour l'essentiel dans la publication des recommandations générales de l'AFA, fait lui l'objet de controverses. Ainsi, si les recommandations sont parfois considérées comme un appui essentiel à la compréhension de la logique de *compliance* et des attentes de l'AFA, certains estiment que ce document est par trop « théorique » ou déconnecté des réalités de terrain.

Enfin, l'appui spécifique apparaît comme étant le mieux apprécié. Parce qu'en publiant des guides thématiques ou sectoriels dont le guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public* est un exemple probant, l'AFA se place à un niveau opérationnel plus pertinent et, finalement, mieux vu par les praticiens.

**248. Bref état des lieux de l'activité de conseil de l'AFA.** L'activité de conseil de l'AFA se veut hermétique de l'activité de contrôle, ce qui se traduit, au plan organisationnel, par la division de l'AFA en deux sous-directions, l'une dédiée au contrôle, l'autre en charge du conseil, de l'analyse stratégique et des affaires internationales. Sur la mission de contrôle, il est clair que celle-ci s'axe davantage sur les appuis générique et spécifique précédemment décrits, ainsi que cela ressort des rapports d'activité de l'Agence. Ainsi, les appuis individuels sont réduits à portion congrue, essentiellement pour une « *question de moyens humains* »<sup>603</sup>, et les chiffres mentionnés dans les rapports d'activité le confirment. En 2018, l'appui spécifique a concerné 7 collectivités territoriales et établissements du secteur public local et 10 acteurs économiques, dont deux EPIC<sup>604</sup>. En 2019, 9 accompagnements individuels d'acteurs publics et 7 d'entreprises ont été réalisés<sup>605</sup>. Un chiffre en baisse en 2020 avec 9 acteurs publics et 4 entreprises ayant bénéficié d'un appui individuel<sup>606</sup>.

<sup>603</sup> AFA 2.

<sup>604</sup> AFA, *Rapport d'activité 2018*, p. 17.

<sup>605</sup> AFA, *Rapport d'activités 2019*, p. 6.

<sup>606</sup> AFA, *Rapport d'activités 2020*, p. 35.

Au-delà de ces données, les enquêtes réalisées ont eu pour ambition d'interroger les praticiens sur leur perception de l'activité de conseil de l'AFA. À l'évidence, elles ne se sont pas cantonnées à l'appui individuel, mais ont aussi porté sur la réception et la diffusion des documents généraux matérialisant les appuis générique et spécifique.

## I - L'activité de conseil de l'AFA vue par les autorités contractantes

### Résumé intermédiaire n°1

*L'activité de conseil de l'AFA est variablement appréciée des agents des autorités contractantes. Si l'appui individuel est peu développé, cela ne semble pas seulement être une conséquence de l'impossibilité, pour l'AFA, de satisfaire à toutes les demandes. En effet, il semble que les praticiens ne soient pas nécessairement au courant de la possibilité dont ils disposent de demander conseil à l'AFA. Par ailleurs, il ressort de l'enquête qualitative que la dualité fonctionnelle de l'AFA peut avoir un effet désincitatif.*

*En revanche, les appuis génériques et spécifiques sont globalement vus d'un bon œil. Si les recommandations générales sont parfois mal connues ou jugées peu opérationnelles, le guide de l'achat public Maîtriser le risque corruption dans le cycle de l'achat public est souvent perçu comme très pertinent et de nature à assister opportunément les autorités contractantes dans la mise en place de leur dispositif anticorruption.*

**249. L'AFA, face à la loi.** Contrairement aux opérateurs économiques soumis à l'article 17 de la loi Sapin 2, les acteurs publics ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une sanction de la part de la commission des sanctions de l'AFA. Du reste, ainsi que cela a déjà été dit, si l'article 3, 3° de la loi autorise l'agence à les contrôler quant à la mise en place d'un dispositif anticorruption, nulle précision n'est apportée par la loi quant à la teneur dudit dispositif. L'on comprend alors que le rôle de conseil de l'AFA dans l'appropriation de la logique de conformité anticorruption est central, puisque finalement, tout repose sur elle<sup>607</sup>.

**250. Une stratégie reposant avant tout sur « un référentiel minimum »<sup>608</sup>.** Si l'on compare la documentation publiée par l'AFA s'agissant des acteurs publics à celle destinée aux opérateurs économiques, l'on constate une nette différence. En effet, les recommandations de 2017 étaient largement plus étoffées en ce qui concerne ces derniers, bien qu'un rééquilibrage ait été opéré en 2021. Mais du reste, là où de nombreux guides spécifiques ont été publiés à destination des entreprises – comme cela sera développé *infra* – seul le guide de l'achat public concerne véritablement et exclusivement les acteurs publics, à raison de la sensibilité de la commande publique. L'achat public apparaît alors comme une porte d'entrée, choisie par l'AFA pour diffuser une culture de conformité dans les services administratifs. Cela se matérialise notamment par la pédagogie du guide qui, ainsi que le souligne C. PREBISSY-SCHNALL, dépasse le « *strict domaine de l'achat public* » en se voulant être un « *outil de formation professionnelle des acteurs les plus exposés* »<sup>609</sup>

## A – Enquête qualitative

<sup>607</sup> S. JARRY, « Le rôle de l'agence française anticorruption dans l'appropriation de la conformité anticorruption des collectivités territoriales », *AJCT*, 2018, p. 485.

<sup>608</sup> C. PREBISSY-SCHNALL, « L'Agence française anticorruption (AFA) : quel bilan en matière de commande publique ? », *Contrats publics*, 2021, n°221, p. 58.

<sup>609</sup> *Ibid.*

**251. Les appuis génériques et spécifiques globalement appréciés.** Il était demandé aux personnes interviewées si elles avaient connaissance des recommandations de l'AFA et du guide de l'achat public relatifs à la maîtrise du risque de corruption dans le cycle de l'achat public. Sur la diffusion de ces documents, seule une personne sur les 11 représentants d'autorités contractantes interrogées n'en avait pas connaissance. Naturellement, le biais déjà évoqué de l'interview d'agents de grandes collectivités, de services de l'État et de sociétés à capitaux publics est à prendre en considération dans l'interprétation de ces données.

En ce qui concerne l'appréciation de ces documents, les discussions se sont la plupart du temps orientées vers le guide de l'achat public, ceci s'expliquant par le fait que nos interlocuteurs étaient généralement des acheteurs publics. Concernant ce guide, les retours de terrain sont majoritairement positifs, le guide ayant été qualifié de « *très complet, très bien fait* »<sup>610</sup>, « *intéressant* »<sup>611</sup>, de « *bon outil didactique* »<sup>612</sup>. Un représentant d'autorité contractante juge plus généralement que « *tout ce que fait l'AFA est de bonne qualité* », quoique parfois un peu « *hors sol* ». Mais sur ce point, cette personne estime que l'AFA « *évolue très bien, est à l'écoute de ce que les acteurs lui disent et s'améliore constamment* »<sup>613</sup>.

Toutefois, ces bonnes impressions générales n'empêchent pas certaines remarques, voire certaines critiques. Au rang des remarques, un interviewé souligne tout de même que le guide présente un niveau de technicité important, qui le rend difficile d'accès, « *difficile à utiliser* » pour les structures ne disposant pas des ressources adéquates pour le mettre en œuvre opportunément, notamment en termes d'expertise juridique et technique<sup>614</sup>. Un autre regrette que le guide soit cantonné à la seule commande publique et n'aborde pas des thématiques liées, « *comme les subventions ou encore l'aménagement* »<sup>615</sup>. Cette remarque est intéressante, elle témoigne d'une certaine inclinaison de la pratique à réclamer des documents dont le périmètre n'est pas une catégorie juridique, mais davantage pensé en termes de politiques publiques. Ceci tend à expliquer la critique d'un autre interviewé selon laquelle le guide ne serait « *pas très opérationnel* »<sup>616</sup>. Mais, précise un dernier, « *évidemment, l'AFA ne peut pas avoir fait un guide qui répondait à toutes nos questions* »<sup>617</sup>.

**252. L'appui individuel sujet à controverse.** Sur le panel interrogé, deux personnes affirment avoir spontanément demandé un appui individualisé à l'AFA. L'une estime que la démarche a été « *très intéressante* »<sup>618</sup>, sans apporter de plus amples précisions. L'autre apporte davantage de précisions sur la posture des agents de l'agence auxquels ils ont été confrontés. Elle estime que « *le dialogue s'est passé de manière très positive et très constructive* ». En particulier, elle souligne le suivi « *de bout en bout* » qui a été assuré par l'AFA,

---

<sup>610</sup> AC 9.

<sup>611</sup> AC 8.

<sup>612</sup> AC 10.

<sup>613</sup> AC 2.

<sup>614</sup> AC 9.

<sup>615</sup> AC 8.

<sup>616</sup> AC 3.

<sup>617</sup> AC 11.

<sup>618</sup> AC 4.

qui s'est attardée sur l'ensemble des éléments du dispositif anticorruption, en étant à l'écoute des difficultés opérationnelles que sa structure rencontrait<sup>619</sup>. Par ailleurs, un autre représentant d'autorité contractante dont l'entité a fait l'objet d'un contrôle de l'AFA affirme sans la moindre hésitation qu'« *il faut conseiller aux acteurs publics d'aller voir la sous-direction « conseil" de l'AFA, qui propose de vraies solutions* »<sup>620</sup>.

Cependant, ce sentiment n'est pas partagé par tous et la dualité fonctionnelle de l'AFA a été mentionnée comme un frein à l'incitation de se tourner vers elle dans sa fonction de conseil. Ainsi que le précise une personne interrogée, « *la double casquette de l'AFA, comme organe de conseil et de contrôle, peut refréner certains élus : c'est un peu comme le préfet qui fait à la fois du conseil et du contrôle, il y a toujours ce doute qu'on peut s'en servir contre nous* »<sup>621</sup>. Ce constat, on le verra partagé par certains opérateurs économiques interviewés, doit être relativisé s'agissant des personnes publiques étant entendu qu'elles ne peuvent pas faire l'objet de sanctions de la part de l'AFA, ce qui est parfaitement souligné par une personne interrogée selon laquelle « *le caractère désincitatif de la dualité fonctionnelle est possible, mais en tant qu'acheteur public on se le dit moins* »<sup>622</sup>. Une autre va encore plus loin en affirmant qu'il ne faut pas voir les choses sous l'angle de « *la peur de demander conseil à l'AFA du fait de sa dualité fonctionnelle* », étant entendu qu'« *en tant qu'acteur public, la corruption ne peut que nous faire perdre, elle ne nous rapporte rien, dès lors, si grâce à l'AFA on peut assainir notre organisation ou nos pratiques, c'est une bonne chose* »<sup>623</sup>. Il semble qu'en réalité, la perception du rôle de conseil de l'AFA soit très largement fonction du degré de maturité de la structure considérée en ce qui concerne la logique de conformité comme instrument de prévention de la corruption. On constate en effet que les personnes tenant des propos encourageant le recours à la sous-direction du conseil de l'AFA sont toutes des agents de sociétés privées à capitaux publics et ont, de ce fait, une conscience plus importante de la logique de conformité du fait de la soumission de leur entité aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2.

## B – Enquête quantitative

### 253. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Votre structure a-t-elle déjà demandé un conseil particulier à l'Agence française anticorruption ?	18	18	50 %
Si oui à la première question.	1	35	2,78 %

<sup>619</sup> AC 10.

<sup>620</sup> AC 2.

<sup>621</sup> AC 1.

<sup>622</sup> AC 10.

<sup>623</sup> AC 2.

Sur quel sujet ?			
Si non à la première question. Pourquoi ?	11	25	30,56 %
Avez-vous connaissance des recommandations générales de l'AFA ?	22	14	61,1 %
Avez-vous connaissance du guide « Maîtriser le risque corruption dans le cycle de l'achat public » de l'AFA et la DAE ?	22	14	61,1 %
Si oui à la précédente question. Quel regard portez-vous sur ce guide ?	15	21	41,67 %

**254. L'appui individuel peu réclamé.** À la question de savoir si leur structure avait demandé un appui individuel à l'AFA, seul 1 participant sur 18, soit 5,56 %, a répondu par l'affirmative, précisant par ailleurs que cet appui avait été demandé pour l'élaboration de la cartographie des risques, ce qui témoigne encore de la difficulté à mettre en place cette mesure.

Sur les 17 personnes ayant répondu négativement, 11 explicitent pourquoi. Si 9 d'entre elles précisent qu'elles n'en ont pas eu besoin, ou qu'elles n'en ont pas eu l'occasion, 2 apportent une réponse différente, qui montre que cette activité de conseil de l'AFA n'est pas forcément connue de tous. L'une affirme en effet n'y avoir « *jamais pensé* », l'autre affirmant clairement ignorer « *que cela était possible* ». L'on retrouve ici le manque de connaissance, au sein des services, des différentes activités de l'AFA et de l'ensemble des potentialités que celle-ci offre. Par ailleurs, il est intéressant de noter qu'aucun sondé ne mentionne la crainte qu'une demande de conseil n'attire l'œil de l'agence sur sa structure et ne risque d'aboutir à un contrôle, alors que cela était nettement ressorti de l'enquête qualitative.

**255. Les appuis génériques et spécifiques moyennement connus, mais globalement appréciés.** Deux questions avaient vocation à mesurer le degré de connaissance, par les praticiens, des recommandations de l'AFA, une première relative aux recommandations générales, une seconde portant sur le guide spécifique au cycle de l'achat public. Les réponses apportées ont permis d'observer une connaissance moyenne de ces documents. En ce qui concerne les recommandations générales, sur 22 participants, seuls 12, soit 54,55 %, confirment avoir connaissance de ces recommandations. Le taux s'élève à 72,72 % s'agissant du guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*, avec 16 participants sur 22 qui précisent connaître ce document. Ce différentiel s'explique par le fait que les sondés sont des juristes spécialisés dans les contrats publics. Cependant, ces données traduisent une certaine insuffisance dans la diffusion des recommandations générales et spécifiques de l'AFA auprès des services administratifs ce qui, à nouveau, pourrait s'expliquer par le fait que la diffusion de ces documents ne se fasse pas par le canal traditionnel de la circulaire.

Passé ce constat de nature purement quantitative, une troisième question avait vocation à recueillir les avis des participants sur le guide dédié au cycle de l'achat public. Le moins que l'on puisse dire, c'est que les sondés sont dithyrambiques sur les qualités intrinsèques du guide. En effet, la totalité des 15 participants à cette question ne tarit pas d'éloges : le guide est ainsi jugé « *très intéressant* », « *très utile* », « *complet et bien illustré* », « *très pratique et très bien*

*fait* », « *très riche* », « *opérationnel* » ou encore « *très pratique* ». Seul un participant apporte un tempérament en estimant que le guide n'est « *pas applicable aux petites entités* » étant entendu que « *la granulométrie est trop fine au regard des ressources susceptibles d'être déployées en interne* », ce qui évoque une remarque déjà formulée selon laquelle les moyens à mettre en œuvre pour déployer un dispositif anticorruption complet sont hors de portée des petites collectivités.

## II - L'activité de conseil de l'AFA vue par les opérateurs économiques

### Résumé intermédiaire n°2

Les juristes d'opérateurs économiques qui ont participé aux enquêtes qualitative et quantitative portent un regard plutôt négatif sur l'activité de conseil de l'AFA. S'agissant de l'appui individualisé, les participants à l'enquête qualitative estiment que la dualité fonctionnelle de l'agence est un frein à son déploiement et aucun participant à l'enquête quantitative n'affirme y avoir eu recours. Par ailleurs, les retours de terrain s'agissant des appuis génériques et spécifiques sont contrastés. En particulier, les recommandations générales de l'AFA sont souvent jugées peu en phase avec les réalités de l'entreprise et, partant, peu opérationnelles à certains égards.

**256. L'invitation à l'appui.** De la même manière que s'agissant des acteurs publics, l'AFA a publié une charte de l'appui aux acteurs économiques qui, d'une part, présente l'offre d'appuis de l'agence et, d'autre part, se veut rassurante vis-à-vis des opérateurs économiques réticents, notamment à demander un appui individuel. À ce titre, l'AFA rappelle bien que les missions de conseil s'exercent « *de manière totalement indépendante* » des missions de contrôle, que dès lors, « *les contrôles de l'AFA et leur programmation sont décidés par le directeur de l'Agence, indépendamment des fonctions d'appui individuel en général et des chantiers d'accompagnement individuel en particulier* »<sup>624</sup>. Cependant, ainsi que cela a déjà été évoqué, l'appui individuel ne représente qu'une fraction congrue de l'activité de conseil de l'AFA.

**257. Un appui générique perçu comme une lourdeur.** Globalement, les recommandations générales de l'AFA sont perçues, du point de vue des entreprises, davantage comme des contraintes supplémentaires que comme un réel appui à la mise en œuvre des dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2. On l'a vu, ces recommandations vont souvent au-delà de ce qui est imposé par la loi, ce qui tend à expliquer ce sentiment. Ainsi, les recommandations sont globalement perçues comme « *très difficiles à mettre en œuvre compte tenu des contraintes qu'elles entraînent* »<sup>625</sup>, bien qu'une évolution dans le sens de la prise en compte de ces difficultés opérationnelles soit perceptible<sup>626</sup>.

Sans doute pour atténuer les critiques qui se font jour s'agissant des recommandations générales, l'AFA mène une politique de développement de son appui générique par la publication de documents plus spécifiques, en fonction des secteurs économiques concernés, de la taille des entreprises ou à raison du caractère sensible de certaines pratiques particulières, dans la droite ligne des standards internationaux<sup>627</sup>. C'est ainsi qu'ont pu fleurir un guide pratique, bien plus condensé que les recommandations générales, *La fonction conformité*

<sup>624</sup> AFA, *Charte de l'appui aux acteurs économiques*, op. cit., p. 5.

<sup>625</sup> S. SCEMLA et D. PAILLLOT DE MONTABERT, « L'actualisation des recommandations de l'AFA. De nouvelles contraintes pour les entreprises ? », op. cit.

<sup>626</sup> *Ibid.*

<sup>627</sup> R. JAUNE, « Règles pénales et administratives de la lutte anticorruption : l'influence des normes étrangères et internationales », *RFAP*, 2020, n°3, vol. 175, p. 645.

*anticorruption dans l'entreprise*<sup>628</sup>, et des guides dédiés à la politique cadeaux<sup>629</sup>, aux fusions-acquisitions<sup>630</sup>, à la prévention des conflits d'intérêts dans l'entreprise<sup>631</sup>, aux PME et ETI<sup>632</sup> ou au secteur du BTP<sup>633</sup>, rédigés la plupart du temps selon une démarche concertée et selon un mode moins littéraire que les recommandations générales, au travers, notamment, de l'utilisation du *legal design* ou de l'évocation d'exemples pratiques, laquelle témoigne encore de la volonté de l'AFA d'infuser par le dialogue la logique de conformité dans les entreprises françaises.

## A – Enquête qualitative

**258.** Sur l'ensemble des personnes représentant des opérateurs économiques interviewées, aucune n'a sollicité un appui individualisé de l'AFA, mais certains ont exprimé des craintes quant à une telle demande. Par ailleurs, seules deux entreprises ont apporté des remarques quant aux publications de l'AFA.

**259. La crainte de la demande d'appui individualisé.** Malgré la communication de l'AFA quant au cloisonnement des sous-directions du conseil et du contrôle, qualifiée de « *muraille de Chine* »<sup>634</sup>, on perçoit assez nettement une certaine crainte dans les entreprises qu'une demande de conseil n'aboutisse à un contrôle et, finalement, une sanction.

Ainsi, une personne interrogée se montre circonspecte quant à l'effectivité de cette partition hermétique entre les deux services<sup>635</sup>, là où une autre mobilise la parabole du policier. Selon cette personne, « *tout le monde a peur* », l'AFA fait penser au « *policier faisant de la prévention sur un rond-point* » : tous les conducteurs présument naturellement qu'il est là pour réprimer, non pour prévenir, pour la simple et bonne raison que cela fait partie de ses prérogatives<sup>636</sup>.

**260. Les appuis génériques et spécifiques parfois jugés en inadéquation avec les réalités de l'entreprise.** Trois interviewés ont souhaité faire des remarques sur les documents produits dans l'AFA dans le cadre de sa mission de conseil. On constate alors que ces trois personnes s'accordent sur une critique globale, qui est celle du manque de pragmatisme des recommandations de l'agence. Celles-ci sont tantôt taxées de trop

<sup>628</sup> AFA, *La fonction anticorruption dans l'entreprise*, [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/2019-01-29\\_-\\_Guide\\_pratique\\_fonction\\_conformite.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/2019-01-29_-_Guide_pratique_fonction_conformite.pdf)

<sup>629</sup> AFA, *La politique cadeaux et invitations dans les entreprises, les EPIC, les associations et les fondations*, <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide%20pratique%20politique%20cadeaux%20et%20invitations.pdf>

<sup>630</sup> AFA, *Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions*, <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide%20pratique%20fusacq%202021-02%20DEF-2-19.pdf>

<sup>631</sup> AFA, *La prévention des conflits d'intérêt dans l'entreprise*, [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/AFA\\_Guide\\_conflits\\_dinterets.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/AFA_Guide_conflits_dinterets.pdf)

<sup>632</sup> AFA, *Guide pratique anticorruption à destination des PME et des petites ETI*, *op. cit.*

<sup>633</sup> AFA/FNTP, *La mise en place d'un dispositif de prévention des risques de corruption dans le secteur du bâtiment et des travaux publics*, *op. cit.*

<sup>634</sup> AFA 1

<sup>635</sup> OE 1.

<sup>636</sup> OE 7.

« générales »<sup>637</sup> ou regardées comme de simples « commentaires de la loi » pourvus d'un « manque de pragmatisme certain ».

Un représentant d'opérateur économique avance l'hypothèse selon laquelle c'est précisément « l'étanchéité entre les deux sous-directions qui pose un certain problème », étant entendu que les guides et recommandations de l'AFA gagneraient à se nourrir des « contrôles qu'elle a pu diligenter », afin que ces documents soient plus opérationnels<sup>638</sup>.

## B – Enquête quantitative

### 261. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Votre entreprise a-t-elle déjà demandé un conseil particulier à l'Agence française anticorruption ?	8	19	29,63 %
Si oui à la première question. Sur quel sujet ?	0	27	0 %
Si non à la première question. Pourquoi ?	4	23	14,81 %
Avez-vous connaissance des recommandations générales de l'AFA ?	13	14	48,15 %
Si oui à la précédente question. Quel regard portez-vous sur ces recommandations ?	6	21	22,22 %
Avez-vous connaissance du guide « Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public » de l'AFA et la DAE ?	13	14	48,15 %
Si oui à la précédente question. Quel regard portez-vous sur ce guide ?	3	24	11,11 %

**262. L'absence de données relatives à l'appui individualisé.** Aucun participant à l'enquête quantitative n'affirme avoir demandé un appui individualisé à l'AFA. 3 participants exposent les raisons de cette absence de demande de conseil. L'un estime que « l'AFA ne donne pas de conseils », les autres précisent ne pas en avoir eu l'utilité. Bien que ces données soient particulièrement sommaires, on note qu'aucun ne précise que c'est par crainte d'un contrôle qu'aucune demande d'appui individualisé n'a été formulée, alors même que cette raison était particulièrement évoquée par les personnes interrogées dans le cadre de l'enquête qualitative.

<sup>637</sup> OE 2.

<sup>638</sup> OE 3.

**263. Des avis partagés sur les appuis génériques et spécifiques.**

Concernant les appuis génériques et spécifiques, seuls les recommandations générales et le guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public* faisaient l'objet de questions.

- **Des recommandations générales plutôt connues, mais diversement appréciées :** sur 13 répondants, 10 affirment avoir connaissance des recommandations générales de l'AFA, ce qui représente 76,92 %. Ce chiffre peut paraître assez faible, mais il faut préciser que sur les 3 personnes ayant répondu négativement, 2 sont salariées d'une entreprise non soumise aux obligations de l'article 17 de la loi Sapin 2. Concernant l'appréciation portée par les répondants sur ces recommandations, 6 précisent leur pensée. L'on constate que 3 d'entre eux ont une vision plutôt favorable de ce texte, estimant qu'elles vont utilement « *dans la diversité et dans le détail* », qu'elles « *éclaircent sur les attentes de l'AFA* » ou encore qu'elles « *permettent à l'entreprise d'avancer dans le bon sens* ». Un autre pose un regard neutre sur elles, en écrivant simplement « *cela reste des recommandations* », sans qu'il soit possible de discerner le fond de sa pensée. Enfin, les 2 derniers en ont une vision plutôt défavorable en estimant, pour l'un qu'elles « *sont excessivement volumineuses !* », pour l'autre qu'elles sont « *difficiles à mettre en œuvre parfaitement* ». À noter que l'on ne retrouve pas la principale critique formulée à leur encore dans l'enquête qualitative, à savoir leur caractère parfois trop théorique ou déconnecté des réalités des entreprises.

**Un guide de l'achat public moins connu des entreprises :** sans que cela soit particulièrement surprenant, le guide de l'achat public est moins connu des juristes d'opérateurs économiques, puisque sur 13 répondants, seuls 4 affirment en avoir connaissance, soit 30,77 %. 3 d'entre eux portent une appréciation sur le guide, qui ne permettent pas de déployer une analyse. L'un précise qu'il est « *utile* », un autre qu'il est un guide « *de bon sens* », le dernier que son entreprise a « *peu utilisé* » ce guide.

## Section II

# La prévention par le contrôle

### Résumé d'étape n°2

L'étude de l'activité de contrôle de l'Agence française anticorruption du point de vue des praticiens fait apparaître à la fois des convergences et des divergences entre autorités contractantes et opérateurs économiques.

Convergence dans un constat d'évolution de la pratique des contrôles par l'AFA elle-même. Sur ce point, autorités contractantes et opérateurs économiques ayant subi un tel contrôle s'accordent à dire que l'Agence est passée d'une pratique qualifiée parfois d'« *inquisitoriale* » à ses débuts, à une pratique davantage « pédagogique » et visant non à rechercher à tout prix la sanction, mais plutôt à accompagner les acteurs dans l'amélioration des défauts de leurs dispositifs.

Il existe une divergence s'agissant de la perception du risque de contrôle. Alors que les juristes d'autorités contractantes ne semblent pas particulièrement inquiets de la survenance d'un tel contrôle, certains estimant même qu'il serait normal que celui-ci intervienne, les juristes d'opérateurs économiques le sont davantage. Ceci s'explique, là encore, par une pluralité de facteurs, le plus évident étant, naturellement, la différence de régime entre les personnes publiques d'une part et les opérateurs économiques soumis à l'article 17 de la loi Sapin 2 puisque seuls ces derniers peuvent être renvoyés devant la commission des sanctions.

**264. Bref état des lieux de l'activité de contrôle de l'AFA.** Pour rappel, l'activité de contrôle de l'AFA se subdivise en contrôles d'initiative, qui peuvent être « *globaux* », « *thématiques* » ou « *de suite* », dans le cas d'une entité à laquelle l'AFA avait déjà prescrit d'adopter des mesures de mise en conformité à l'issue d'un précédent contrôle, et contrôles d'exécution. Sans surprise, ce sont les contrôles d'initiative qui représentent la majeure partie de l'activité de l'Agence. En 2018, celle-ci a diligenté 43 contrôles d'initiative, 28 sur des entreprises privées et 15 sur des acteurs publics et 4 contrôles d'exécution d'une convention judiciaire d'intérêt public<sup>639</sup>. Par la suite, le volume de ces contrôles s'est légèrement affaïssé, passant à 36 contrôles d'initiative – 20 acteurs économiques et 16 acteurs publics – pour 4 contrôles d'exécution en 2019<sup>640</sup> et à 29 contrôles d'initiative – 19 acteurs économiques et 10 acteurs publics – pour un contrôle d'exécution en 2020<sup>641</sup>.

Cette activité de contrôle a une fonction préventive qui se matérialise essentiellement de deux manières. D'abord, et ceci est surtout valable s'agissant des entreprises, elle a un effet dissuasif certain, qui est par ailleurs renforcé par la publicité des décisions de la commission des sanctions, laquelle publicité a vocation, selon les mots d'un agent de l'AFA, à avoir un « *effet*

<sup>639</sup> AFA, *Rapport d'activité 2018*, p. 6.

<sup>640</sup> AFA, *Rapport d'activité 2019*, p. 7.

<sup>641</sup> AFA, *Rapport d'activité 2020*, p. 17.

*splash* »<sup>642</sup> vis-à-vis des autres entreprises. Sur ce point, l'AFA se différencie nettement du SPCP, qualifié par Michel Sapin de « *tigre sans dent* »<sup>643</sup> précisément du fait qu'il ne disposait d'aucune prérogative d'enquête. Cependant, il faut noter que la commission des sanctions n'a rendu, à date, que 3 décisions sur seulement 2 affaires, ce qui est de nature à limiter la portée de cet aspect dissuasif. Ensuite et surtout, la fonction préventive se matérialise par la volonté de l'AFA de traduire ses contrôles en accompagnement pour les entités contrôlées, selon l'idée que ce qui est jugé, « *ce n'est pas la situation, c'est l'évolution* »<sup>644</sup>. En somme, l'activité de contrôle de l'AFA n'a pas pour vocation première de débusquer des manquements pour les sanctionner, mais bien de s'insérer dans une démarche pédagogique visant à l'amélioration des dispositifs anticorruption des entités contrôlées.

---

<sup>642</sup> AFA 3.

<sup>643</sup> MS.

<sup>644</sup> *Ibid.*

## I - L'activité de contrôle de l'AFA vue par les autorités contractantes

### Résumé intermédiaire n°1

*Les contrôles de l'AFA ne semblent pas uniformément perçus par les acteurs interrogés lors de l'enquête qualitative. Si certains estiment que les agents de l'AFA font parfois montre d'une attitude quelque peu déconnectée des réalités, voire inquisitrice, d'autres ont perçu le contrôle comme véritablement pédagogie et aboutissant à des résultats bénéfiques.*

*Les données issues de l'enquête quantitative ne permettent pas d'aller plus avant dans la réflexion.*

**265. Sensibilité.** Si les contrôles de l'AFA s'agissant des acteurs publics non soumis aux dispositions de l'article 17 ne peuvent aboutir à une saisine de la commission des sanctions, il n'en demeure pas moins qu'ils constituent « *des moments particulièrement sensibles auxquels il convient de bien se préparer* »<sup>645</sup>. En particulier, ainsi que le note un auteur<sup>646</sup>, les dispositions de l'article 3, 6° de la loi Sapin 2 confèrent aux contrôleurs de l'agence des possibilités plus large de saisine du procureur de la République. Là où l'article 40 du code de procédure pénale commande à tout agent public de donner avis au ministère public sans délai de tout crime ou délit dont il « *acquiert la connaissance* », la loi Sapin 2 précise que l'AFA avise le procureur « *des faits dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses missions et qui sont susceptibles de constituer un crime ou un délit* ». Le glissement sémantique n'est pas anodin.

**266. Encadrement.** Depuis 2019, l'AFA s'est dotée d'une charte des droits et devoirs des parties prenantes aux contrôles<sup>647</sup>, document de droit souple rappelant non seulement aux entités contrôlées les modalités des contrôles, leur objet et leurs conséquences, mais encore leurs droits et devoirs en même temps que ceux des agents de l'agence en charge du contrôle. L'on entrevoit ici la proximité d'avec le contrôle fiscal et la charte des droits et obligations du contribuable vérifié<sup>648</sup>. Cependant, l'édiction de ce document n'a pas gommé toute interrogation, en particulier s'agissant du droit de communication de documents de l'entité contrôlée, puisque la loi consacre un droit de communication particulièrement large et aux contours demeurant « *incertains* »<sup>649</sup>.

**267. Les deux modalités des contrôles.** Selon la charte des droits et devoirs des parties prenantes aux contrôles, un contrôle de l'agence peut se dérouler selon deux modalités distinctes, à la discrétion du directeur :

<sup>645</sup> F. JOURDAN, « Contrôles de l'AFA dans les collectivités : comment s'y préparer ? », *JCP A*, 2020, n°10, 2037.

<sup>646</sup> B. QUENTIN, « AFA : du contrôle à l'enquête ? », *JCP E*, 2020, n°3, doctr. 77.

<sup>647</sup> AFA, *Charte des droits et devoirs des parties prenantes aux contrôles*, [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/charte\\_droits\\_devoirs\\_unique%20controles.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/charte_droits_devoirs_unique%20controles.pdf)

<sup>648</sup> DGFIP, *Charte des droits et obligations du contribuable vérifié*, [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dgfip/controle\\_fiscal/organisation\\_fonctionnement/charte\\_contribuable\\_2020.pdf?v=1594996235](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgfip/controle_fiscal/organisation_fonctionnement/charte_contribuable_2020.pdf?v=1594996235)

<sup>649</sup> B. GRAULLE, S. DOS SANTOS et S. HASNAOUI-DUFRENNE, « Les contrôles de l'Agence française anticorruption. Contours du droit de communication de ses agents », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2021, n°1, dossier 4.

- **Contrôle sur pièces précédant le contrôle sur place** : la première modalité est celle d'un contrôle exercé sur pièce avant tout déplacement des agents de l'AFA sur place. Dans cette hypothèse, l'agence transmet par lettre recommandée avec accusé de réception un avis de contrôle à l'entité contrôlée. Cet avis comporte, outre le périmètre et l'objet du contrôle, les noms des agents en charge du contrôle et un questionnaire de 163 questions y est joint. Les agents contrôleurs conviennent ensuite avec le représentant de l'entité contrôlée des modalités techniques du contrôle. Ensuite, les agents se font communiquer « *tout document professionnel, quel qu'en soit le support, ou toute information utile* », conformément à l'article 4 de la loi Sapin 2. Cette étape terminée, un avis de contrôle sur place est envoyé à l'entité contrôlée, préalablement au déplacement des agents contrôleurs.
- **Contrôle sur place précédant le contrôle sur pièces** : dans ce second cas, les contrôles sur place et sur pièces sont temporellement inversés.

En tout état de cause, à l'issue des opérations de contrôle, l'agence rend un rapport d'observations écrit pouvant contenir des recommandations, qu'elle adresse à l'entité contrôlée. Celle-ci dispose alors d'un délai de deux mois pour présenter ses observations. Ce délai échu, le directeur de l'agence transmet à l'entité un rapport définitif, le cas échéant agrémenté des observations formulées par la personne contrôlée.

### A – Enquête qualitative

**268.** Seules deux personnes interrogées ont vu leur entité faire l'objet d'un contrôle de l'AFA, bien qu'une troisième « *s'y prépare* », estimant qu'il est « *normal qu'un tel contrôle intervienne* »<sup>650</sup>, ce qui, en soi, démontre que pour certains acheteurs publics, le contrôle par un service de l'État de mise en place de dispositifs anticorruption est accepté.

**269. Des résultats bénéfiques.** Les deux personnes ayant témoigné d'un contrôle de l'AFA s'accordent. Pour l'une, celui-ci a été « *véritablement bénéfique* »<sup>651</sup>, pour l'autre, « *le contrôle de l'AFA a permis de dynamiser notre programme de conformité* »<sup>652</sup>. De ce point de vue, la volonté de l'AFA d'adopter une démarche d'accompagnement des acteurs publics semble bien mise en œuvre.

**270. Une approche en fonction des agents contrôleurs.** Toutefois, l'une de ces deux personnes apporte une nuance quant à la dimension pédagogique du contrôle en estimant que le déroulement du contrôle « *dépend des personnes de l'AFA* » et en précisant que « *certaines sont à l'écoute et bienveillantes, d'autres ont une approche inquisitoriale* », si bien que cette personne a parfois ressenti le contrôle comme étant « *un peu rude* ». Mais ce n'est pas la seule critique apportée, car elle précise également que certains agents de l'AFA

---

<sup>650</sup> AC 7.

<sup>651</sup> AC 2.

<sup>652</sup> AC 3.

auxquels elle a été confrontée ont eu une « *attitude théorique* » et « *une approche approximative sur nos réalités* »<sup>653</sup>, tout en concluant que le contrôle a été bénéfique.

À ce propos, une autre personne interrogée, qui n'a pas personnellement connu de contrôle de l'AFA, mais qui lui a demandé des conseils, estime qu'il y a eu une véritable évolution dans la posture de l'agence durant les contrôles, celle-ci étant passée d'une « *attitude de cowboy* » à une « *approche plus apaisée* »<sup>654</sup>. Ainsi que nous le verrons, une telle évolution a également été perçue par les opérateurs économiques.

## B – Enquête quantitative

### 271. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Votre structure a-t-elle déjà fait l'objet d'un contrôle par l'Agence française anticorruption ?	19	17	52,78 %
Si oui à la première question. Pouvez-vous décrire le déroulement de ce contrôle ?	3	33	8,33 %

**272. Données insuffisantes.** 3 participants sur 19 affirment avoir connu un contrôle de l'AFA, mais les précisions qu'elles apportent sur le déroulement dudit contrôle ne permettent ni d'infirmer ni de confirmer les hypothèses formulées à l'issue de l'enquête qualitative. En effet, sur ces 3 participants, un précise que le contrôle est « *en cours* », un autre mentionne simplement les étapes du contrôle : « *interviews, évaluation des documents et contrôle sur place* » et le dernier égrène certaines questions du questionnaire de l'AFA, sans préciser comment s'est passé le contrôle de son point de vue.

<sup>653</sup> *Ibid.*

<sup>654</sup> AC 4.

## II - L'activité de contrôle de l'AFA vue par les opérateurs économiques

### Résumé intermédiaire n°2

Les résultats de l'enquête quantitative ne permettent pas une analyse approfondie. En revanche, l'enquête qualitative a été assez riche en enseignements. Selon les personnes interviewées, si les contrôles de l'AFA sont administrativement lourds et mobilisent d'importants moyens au sein de l'entreprise, ils sont généralement bénéfiques en tant qu'ils aboutissent à une progression de l'entreprise sur l'appropriation de la culture de conformité.

Par ailleurs, il semble bien que l'AFA ait évolué, dans sa démarche de contrôle, passant initialement d'une posture plutôt inquisitoriale à une attitude aujourd'hui plus pédagogique.

**273. Analogies.** Les modalités du contrôle, s'agissant des entreprises soumises à l'article 17 de la loi Sapin 2 sont analogues à celles applicables aux personnes publiques et décrites *supra*.

**274. Divergences : le risque de sanction.** Contrairement aux acteurs publics, les acteurs économiques peuvent faire l'objet d'une sanction, infligée par la commission des sanctions de l'AFA. Dès lors, à l'issue du contrôle, deux hypothèses supplémentaires sont envisageables. D'une part, l'envoi d'un avertissement, d'autre part la saisine de la commission des sanctions. Naturellement, ce risque d'une saisine de la commission des sanctions est de nature à modifier la perception que peuvent avoir des acteurs du contrôle, bien que la commission des sanctions n'ait, à ce jour, été saisie que dans deux affaires.

### A – Enquête qualitative

**275.** À une exception, toutes les entreprises interrogées ont souhaité s'exprimer sur l'activité de contrôle de l'AFA – quatre d'entre elles ont d'ailleurs été contrôlées – et le sentiment général qui prédomine est assez semblable à celui déjà entrevu s'agissant des acteurs publics, à savoir celui d'une évolution dans les pratiques de l'AFA dans le sens d'un adoucissement des méthodes, bien que la lourdeur du contrôle ait à plusieurs reprises été pointée du doigt.

**276. Un contrôle administrativement lourd.** Trois représentants d'opérateurs économiques soulignent la lourdeur de la procédure de contrôle. Un premier, dont l'entité n'a pas été contrôlée, mais qui souhaite « *anticiper* » précise que le questionnaire à remplir avant que les agents de l'AFA n'interviennent est particulièrement lourd et que la réponse à ses questions « *prend un temps fou* »<sup>655</sup>. Il faut dire que ledit questionnaire comporte 163 questions<sup>656</sup> auxquelles, sans anticipation, « *il faut répondre en 15 jours* », ce qui devient

<sup>655</sup> OE 7.

<sup>656</sup> <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2019-07/Questionnaire%20art.17%202018%20V5.pdf>

« impossible à gérer » dans l'hypothèse d'un grand groupe qui doit diffuser le questionnaire dans toutes ses filiales<sup>657</sup>.

Au-delà de cette première étape, la totalité des étapes du contrôle, c'est-à-dire la prise de connaissance, les entretiens avec les responsables de la conformité dans l'entreprise, les contrôles sur pièces, le rapport d'observation provisoire et le rapport définitif est apparu particulièrement lourd pour un interviewé, puisque le tout a duré « un an » et a mobilisé d'importants moyens humains<sup>658</sup>.

Si cette lourdeur peut paraître particulièrement contraignante pour les entreprises, elle semble toutefois être le reflet de la logique de suivi que souhaite suivre l'AFA et qui suppose un contrôle « très minutieux »<sup>659</sup>.

**277. Une évolution dans la pratique des contrôles.** De la même manière que ce qui a été précédemment décrit en ce qui concerne les acteurs publics, il semble bien que l'AFA ait évolué dans la pratique même de son contrôle. Si initialement, le comportement des agents contrôleurs a pu être perçu comme inadapté, d'une part du fait d'une « attitude de cowboy » d'autre part à cause du « manque d'expérience de terrain qui ne passe pas auprès des acteurs »<sup>660</sup>, la donne semble avoir sensiblement évolué.

Cette évolution est perceptible dans trois témoignages que nous avons pu recueillir. Un interviewé résume ainsi les choses en affirmant qu'« ils sont beaucoup plus consensuels que ce qu'on pouvait craindre »<sup>661</sup>. Un autre précise avoir « bien senti une philosophie de l'AFA : un discours particulier, qui est assez pédagogique et dont l'objectif ultime est d'aboutir à une culture de la conformité »<sup>662</sup>. Enfin, un dernier axe son propos sur le fait que l'AFA semble être parvenu à maturité dans l'exercice de cette mission : « le contrôle a été bien fait, on a une institution qui trouve sa place entre la rigueur de la loi et la réalité économique des opérateurs contrôlés »<sup>663</sup>. Cette évolution est sans doute à mettre en lien avec le fait que la majorité des agents de l'AFA « venaient de Bercy et étaient formés au contrôle fiscal »<sup>664</sup>, ce qui tendrait à expliquer cette posture initialement plus inquisitoire.

**278. Un contrôle finalement bénéfique.** Finalement, de l'aveu de toutes les personnes interrogées ayant subi un contrôle de l'AFA, celui-ci a été bénéfique. Pour l'une d'entre elles, le contrôle a permis de pointer des éléments « perfectibles » dans le dispositif anticorruption, en l'occurrence la cartographie des risques et l'évaluation des tiers, ce qui a abouti à des améliorations salutaires. Pour une autre, « l'approche positive » du contrôle et le fait qu'au cours de celui-ci, il n'ait « jamais été question de sanction » a permis d'enclencher un dialogue allant dans le sens d'une « amélioration continue »<sup>665</sup>. Pour une dernière, enfin, le

---

<sup>657</sup> OE 4.

<sup>658</sup> OE 1.

<sup>659</sup> OE 4.

<sup>660</sup> CONS 2.

<sup>661</sup> OE 3.

<sup>662</sup> OE 1.

<sup>663</sup> OE 5.

<sup>664</sup> MS.

<sup>665</sup> OE 1.

contrôle de l'AFA a constitué « *un coup d'accélérateur très net* » et a été « *perçu dans l'entreprise comme un moyen de progresser* »<sup>666</sup>.

Ces témoignages invitent à relativiser la certaine crainte que certains peuvent nourrir vis-à-vis de l'AFA, d'autant que, rappelons-le, la commission des sanctions n'a statué que sur deux affaires en cinq ans. Au fond, la dualité fonctionnelle de l'AFA qui peut agir comme un épouvantail « *n'est pas une si mauvaise chose* »<sup>667</sup>, car même en ce qui concerne la mission de contrôle et de sanction, « *ce n'est pas seulement le bâton, il y a de la pédagogie derrière* »<sup>668</sup>.

## B – Enquête quantitative

### 279. Données.

QUESTIONS	REPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE REPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE REPONSES EXPLOITABLES
Votre entreprise a-t-elle déjà fait l'objet d'un contrôle de l'Agence française anticorruption ?	12	15	44,44 %
Si oui à la précédente question. Pouvez-vous décrire le déroulement de ce contrôle ?	4	23	14,81 %

**280. Données insuffisantes.** Si 6 participants sur 12 affirment que leur entreprise a déjà fait l'objet d'un contrôle de l'AFA, seuls 3 apportent des précisions quant au déroulement du contrôle. Malheureusement, les éléments apportés ne permettent pas de procéder à une analyse, puisqu'ils se contentent, pour 2 d'entre eux, de décrire les trois phases du contrôle : la phase documentaire, les auditions avec contrôles sur pièces et enfin, la production du rapport provisoire, les observations et le rapport définitif. Seul un participant apporte un jugement sur le contrôle, le considérant « *long et fastidieux* », mais au « *résultat correct* ».

<sup>666</sup> OE 2.

<sup>667</sup> MS.

<sup>668</sup> *Ibid.*

---

# Partie IV

## Éléments de droit comparé

---

**281.** Une analyse internationale des risques de corruption au sein des marchés publics sera menée (**Section I**) avant de mettre en exergue des éléments de comparaison des dispositifs à l'international, tant pour situer le modèle français que pour dégager de nouvelles pistes de réflexion et de recommandations (**Section II**).

# Section I

## Perspective internationale des risques de corruption dans les contrats publics : un phénomène insaisissable

**282.** La lutte internationale contre la corruption a visé à l’harmonisation des dispositifs nationaux dans le contexte de grands scandales, ce qui a concerné entre autres les procédures de passation et d’exécution des contrats publics (I). Cependant, l’identification des risques liés à la corruption ne fait pas consensus, ce qui explique les difficultés de définition d’une politique visant non pas une corruption, mais des corruptions à l’intérieur des procédures de passation et d’exécution des contrats publics (B).

### I - Une lutte internationale visant à l’harmonisation des dispositifs de lutte anticorruption

**283. La fabrique internationale d’un problème.** Les démocraties occidentales ont connu au cours des années 1980 et 1990 de grands scandales liés à la corruption<sup>669</sup>. Dans le même temps, la lutte contre la corruption dans le cadre des marchés publics a été saisie par divers textes internationaux et retranscrits dans les législations nationales<sup>670</sup>. Deux grandes justifications à la mise en œuvre de cette politique peuvent être identifiées : l’existence de réseaux internationaux de la corruption émergents concomitamment à un ralentissement dans la croissance des échanges, et l’émergence de nouvelles grandes puissances économiques, telles que la Chine et l’Inde où la corruption a été désignée comme intégrée au fonctionnement de l’économie plus qu’ailleurs<sup>671</sup>. Ainsi, la mise en œuvre d’une lutte internationale contre la corruption a été portée par les grandes puissances économiques occidentales pour faire face à la concurrence de l’économie informelle et de puissances émergentes. De plus, concernant les pays de l’OCDE, plus de la moitié des cas de corruption transnationale avaient pour objectif de remporter un marché public<sup>672</sup>. La lutte contre la corruption dans ce cadre va de pair avec une recherche d’une meilleure efficacité de la commande publique<sup>673</sup>.

<sup>669</sup> L. DE SOUSA, “Anti-corruption Agencies: Between Empowerment and Irrelevance”, *EUI Working Papers*, 2009, RSCAS 2009/08.

<sup>670</sup> C. GARZON et T. HAFSI, « L’évaluation des stratégies de lutte contre la corruption », *Revue française de gestion*, vol. 175, no. 6, 2007, pp. 61-80.

<sup>671</sup> *Ibid.*, p.62.

<sup>672</sup> OCDE (2014), Rapport de l’OCDE sur la corruption transnationale, [http://www.oecdilibrary.org/fr/governance/rapport-de-l-ocde-sur-lacorruption-transnationale\\_9789264226623-fr](http://www.oecdilibrary.org/fr/governance/rapport-de-l-ocde-sur-lacorruption-transnationale_9789264226623-fr)

<sup>673</sup> G. M. RACCA, C. R. YUKINS, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit administratif, 2015.

**284. La difficile évaluation de l'efficacité des politiques anticorruption.** La mise en place de politiques anticorruption s'est accompagnée d'une évaluation de ces politiques. Cette dernière est délicate. En effet, la mise en place d'une politique anticorruption fait augmenter le nombre de cas de corruption démasqués. Une autre stratégie évaluative peut se situer dans l'évaluation des gains de croissance économique corrélatifs à la mise en place de mesures anticorruption<sup>674</sup>.

**285. Un panorama international de mesures variées : entre dispositifs pénaux, administratifs et compliance.** Par ailleurs, un panorama des mesures anticorruption fait ressortir deux logiques, entremêlant dispositifs pénaux et contrôle administratif qui coexistent. En fait, *«la notion de corruption en droit administratif est différente de celle du droit pénal. Elle est certainement plus large que cette dernière, car elle se réfère non seulement à des comportements pénalement pertinents, mais aussi à des comportements qui sont source d'autres types de responsabilité ou qui n'exposent le sujet à aucune sanction, étant néanmoins indésirables dans le système juridique : conflits d'intérêts, népotisme, clientélisme, partialité, occupation de fonctions publiques, absentéisme, gaspillage de ressources.»*<sup>675</sup>. Elles reflètent ainsi des dispositifs de *compliance*, dans lesquelles c'est l'acteur économique lui-même qui s'assure de la mise en œuvre et du respect des mesures anticorruption<sup>676</sup>. Ces dispositifs sont associés à des mesures répressives, dans lesquelles certaines pratiques tombent sous le coup de peines pénales et de sanctions administratives. Ainsi, dans le cadre de la prévention de la corruption dans les contrats publics, il existe un certain nombre d'infractions pénales, redoublées d'un contrôle administratif. Par exemple l'inscription d'un opérateur économique sur un registre des entreprises exclues des marchés publics pour quelques années à la suite d'une condamnation pénale pour des faits de corruption, mais qui peut sortir de cette liste s'il démontre qu'il applique une politique de *compliance*. De plus, les risques liés à la corruption sont multiples et font l'objet de définitions diverses.

## II - L'appréhension variable des risques de corruption

**286. Les risques à travers les procédures des marchés publics selon l'OCDE.** Le domaine des marchés publics étant particulièrement touché par le phénomène corruptif, l'OCDE identifie des facteurs de risques dans la phase de présoumission, de soumission et de post adjudication<sup>677</sup>. Ainsi, chaque phase fait l'objet d'une analyse détaillée, selon des étapes définies, qui se voient chacune attribuer des risques spécifiques. Le schéma qui suit fournit une grille internationalisée des risques de corruption, permettant de comprendre

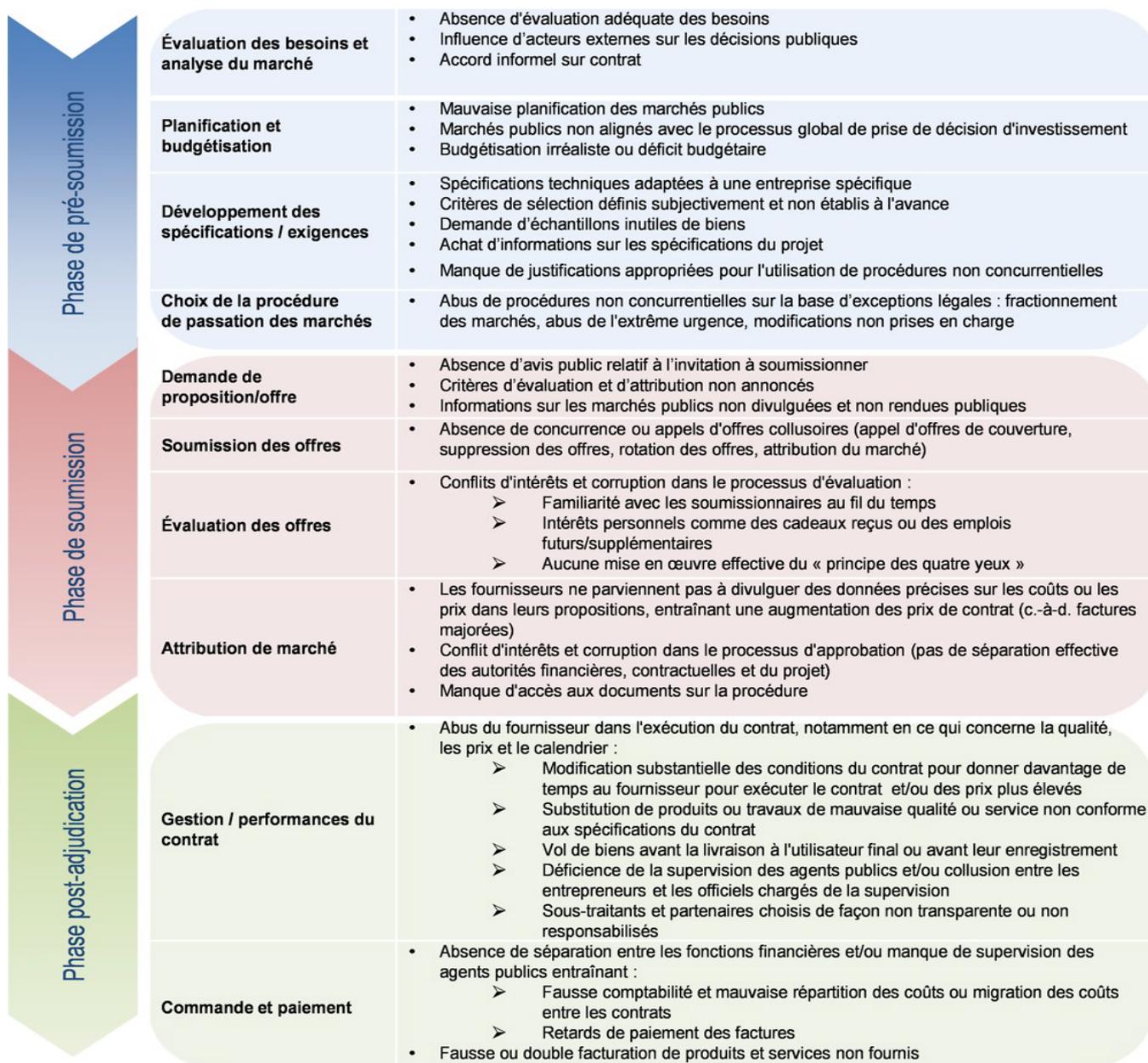
<sup>674</sup> C. GARZON, T. HAFSI « L'évaluation des stratégies de lutte contre la corruption », *op. cit.*, pp. 61-80.

<sup>675</sup> B. G. MATTARELLA, Chapter 4: The Italian efforts on anti-corruption, in G. M. RACCA, C.R. YUKINS, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>676</sup> E. BREEN « La « compliance », une privatisation de la régulation ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2, no. 2, 2019, pp. 327-331.

<sup>677</sup> OCDE (2016), Rapport de l'OCDE sur la prévention de la corruption dans les marchés publics, p. 8.

que, malgré les variations régionales et nationales du droit des contrats publics, une stratégie internationale de lutte est possible dès lors qu'une harmonisation des règles est envisagée. Mais ce schéma met davantage l'accent sur les aspects réglementaires et économiques. D'autres aspects politiques, individuels ou socioculturels sont mis en avant par la littérature scientifique. Ainsi, cette lecture des risques par l'OCDE peut être complétée par d'autres études ayant porté sur les risques corruptifs dans les contrats publics.



Graphique n° 1 : Risques pour l'intégrité dans le processus de passation des marchés<sup>678</sup>

---

<sup>678</sup> in OCDE (2016), *Rapport de l'OCDE sur la prévention de la corruption dans les marchés publics*, p.8

**287. Risques corruptifs identifiés par facteurs et sous-catégories de facteurs.** Les universitaires ont également identifié des facteurs de risques dans les marchés publics, selon une catégorisation thématique. Ainsi, une revue de littérature internationale parue en 2021 cherchait à comprendre les facteurs favorisant les pratiques collusives ou corruptives dans la gouvernance des grands projets d'infrastructures au sein des États membres de l'OCDE<sup>679</sup>. Elle les divise en six catégories, que nous présentons dans le tableau ci-dessous. Les catégories de facteurs identifiées dégagent ainsi des facteurs réglementaires, socioculturels, spécifiques à un projet, économiques, politiques et individuels.

CATÉGORIES DE FACTEURS DE RISQUES	SOUS-CATÉGORIES DE FACTEURS DE RISQUES
Facteurs réglementaires	<ul style="list-style-type: none"> <li>- déficit du cadre légal ;</li> <li>- fonctionnement intrinsèque des systèmes juridique et administratif ;</li> <li>- déficit des dispositifs de surveillance et de contrôle.</li> </ul>
Facteurs socioculturels	<ul style="list-style-type: none"> <li>- priorité systématique accordée à certains prestataires ;</li> <li>- normalisation des comportements de transgression et la culture du silence ;</li> <li>- la survie de l'entreprise ;</li> <li>- les relations de proximité avec les autorités publiques.</li> </ul>
Facteurs spécifiques à un projet	<ul style="list-style-type: none"> <li>- la nature budgétaire du projet ;</li> <li>- les caractéristiques du projet à mener.</li> </ul>
Facteurs économiques	<ul style="list-style-type: none"> <li>- le marché ;</li> <li>- la compétition sectorielle.</li> </ul>
Facteurs politiques	<ul style="list-style-type: none"> <li>- concentration du pouvoir ;</li> <li>- la proximité entre les décideurs publics et prestataires privés ;</li> <li>- les règles du système électoral.</li> </ul>
Facteurs individuels	<ul style="list-style-type: none"> <li>- certains attributs des travailleurs : âge, niveau d'implication dans l'entreprise ou dans une organisation professionnelle, niveau de satisfaction accroissent leur probabilité d'être exposés à des pratiques de transgression</li> </ul>

**Tableau n°1 : Facteurs de risques de la corruption dans les grands projets d'infrastructures**

À partir de l'article Steve Jacob, Justin Lawarée, Ashley Rhéaume, Chany Gauthier et Gabriel Turmel, « Les facteurs de risque dans la gouvernance des grands projets d'infrastructure publique : revue de portée de la littérature », *Éthique publique* [En ligne], vol. 23, n° 1, 2021

<sup>679</sup> S. JACOB, J. LAWAREE, A. RHEAUME, C. GAUTHIER et G. TURMEL, « Les facteurs de risque dans la gouvernance des grands projets d'infrastructure publique : revue de portée de la littérature », *Éthique publique* [En ligne], 2021, vol. 23, n°1.

**288. Risques corruptifs et leurs palliatifs selon la théorisation économique retenue.** Par ailleurs, les auteurs ont lié les explications micro-économiques, méso-économiques et macro-économiques aux phénomènes de corruption rencontrés et ont dégagé, pour chaque théorie économique, les outils envisageables de lutte contre la corruption<sup>680</sup>. J. Oda Cesar et N. Smaili expliquent les différentes théories économiques au prisme desquelles ils analysent le phénomène corruptif. Ainsi, on peut définir ces théories comme suit lorsqu'on traite de la corruption :

- **Théorie des choix publics** : « *La théorie des choix publics se focalise sur les comportements opportunistes de l'agent public. Celui-ci est d'abord motivé par l'intérêt personnel de maximiser son utilité personnelle aux dépens des intérêts collectifs* »<sup>682</sup>.
- **Théorie du salaire d'efficience** : « *un salaire est dit « efficace » s'il est accompagné des mesures permettant d'augmenter la probabilité de détection de la corruption. Selon la théorie du salaire d'efficience, un salaire élevé ne peut donc à lui seul servir d'instrument pour lutter contre la corruption publique (Cahuc et Zylberberg, 1994). Sans la mise en place de contrôle efficace, l'agent corrompu peut profiter de l'asymétrie de l'information pour s'enrichir illégalement.* »<sup>683</sup>.
- **Théorie d'agence** : « *La théorie d'agence, tout comme la théorie du salaire d'efficience, montre la nécessité de mettre en place un contrôle efficace pour réduire la corruption. La théorie d'agence prône aussi l'alignement des intérêts entre le principal et l'agent et approche essentiellement la corruption comme une décision d'un agent et de sa relation avec le principal.* »<sup>684</sup>.
- **Théories « macro » et dimensions institutionnelles** : « *les causes et les réponses à la corruption sont d'ordre institutionnel formel. La rubrique « institutions formelles » traduit l'effet des efforts des institutions dans la lutte contre la corruption. En substance, l'impact institutionnel sur la tolérance des gens à la corruption peut être directement évalué par leur participation aux activités d'éducation du public et aux programmes de formation qui renforcent la mentalité anticorruption (Gong et Wang, 2013). De plus, selon cette dimension institutionnelle, l'absence d'une surveillance centralisée au niveau macro-économique peut être considérée comme principale lacune dans le système.* »<sup>685</sup>.
- **Théories « macro » et dimensions culturelles** : « *La culture influencerait ainsi le comportement des individus indépendamment des institutions formelles (Gong et Wang, 2013). La culture est considérée comme l'un des facteurs pouvant occasionner un certain « état mental » favorable à la corruption (De Graaf, 2007). Dans ce contexte et selon Ashforth et al. (2008), la corruption peut se propager à d'autres fonctionnaires et peut même devenir systémique en s'intégrant dans la culture de toute une société.* »<sup>686</sup>.

<sup>680</sup> J. ODA CESAR, N. SMAILI, « Écosystème de lutte contre la corruption : une approche intégrative », *Éthique publique* [En ligne], 2021, vol. 23, n° 1.

<sup>682</sup> *Ibid.*

<sup>683</sup> *Ibid.*

<sup>684</sup> *Ibid.*

<sup>685</sup> *Ibid.*

<sup>686</sup> *Ibid.*

Ainsi, le choix des outils de lutte contre la corruption ne dépendrait pas seulement du découpage de la passation des contrats en phases, ou de l'identification de facteurs de risques, mais de la théorisation économique retenue pour qualifier une situation de passation de marché. Dès lors, il n'existerait pas un outil de lutte en face de chaque facteur de risques, mais une palette de mesures à mettre en œuvre selon la sensibilité à une théorisation de l'économie en général par les gouvernants. En ce sens, J. O. César et N. Smaili proposent le tableau suivant.

THÉORIES	MÉCANISMES DE CONTRÔLE	
	Interne	Externe
Théorie d'agence	Conseil d'administration	Auditeur externe
	Comité d'audit	Autorité de surveillance
	Comité de rémunération/rémunération	Les marchés : <ul style="list-style-type: none"> <li>• Marché des dirigeants</li> <li>• Marché financier</li> </ul>
	Comité de gouvernance et/ou comité de gestion des risques	Audit externe
	Contrôle interne	Récepteur externe de lancement d'alerte
	Procédure de lancement d'alerte	Divulgation et information
	Code d'éthique et culture organisationnelle	
	Divulgation et information	
Théorie des choix publics	Social : moralité (éducation sur la corruption)	Social : moralité (éducation sur la corruption)
		Légal <ul style="list-style-type: none"> <li>• Justice indépendante</li> <li>• Loi nationale (définit la corruption et les comportements corrompus)</li> <li>• Entités d'investigation sur la corruption</li> </ul>

		Politique • Décentralisation
	Transparence	Média
	Reddition de comptes	Reddition de comptes
	Réforme institutionnelle	Réforme des lois existantes
Théorie de salaire d'efficience	Salaire	
	Renforcer les contrôles de détection • Contrôle interne • Audit interne	
Théories sur la culture	Code d'éthique Réformes administratives Croyances et valeurs Moralité (éducation sur la corruption)	

**Tableau n°2 : Catégorisation des mécanismes de lutte selon les théories économiques issus de l'article de J.ODA CESAR, N. SMAILI<sup>687</sup>.**

**289. Les variations régionales du phénomène corruptif selon les différenciations de gestion des carrières des fonctionnaires.** Afin de construire un indice de corruption des fonctionnaires, une équipe de chercheurs<sup>688</sup> a dégagé les caractéristiques de la procédure d'attribution des marchés qui sont entre les mains de fonctionnaires et qui suggèrent une restriction délibérée de la concurrence. Chacun de ces facteurs est un prédicteur important et significatif de l'attribution de contrats à soumissionnaire unique, et donc d'un risque de corruption dans la procédure. Ainsi, ils présentent les indicateurs suivants de risques de corruption liés à la procédure :

- (i) L'utilisation de types de procédures moins ouvertes et transparentes peut indiquer une limitation délibérée de la concurrence, et donc des risques de corruption ;
- (ii) L'utilisation de critères d'évaluation subjectifs et non liés au prix : c'est-à-dire des critères subjectifs et difficiles à quantifier et qui laissent une marge de manœuvre et limitent les mécanismes de responsabilité ;
- (iii) Une période d'annonce très courte : si le nombre de jours entre l'avis d'appel à concurrence et la date limite de soumission est trop court pour préparer une offre adéquate, cela peut servir

<sup>687</sup> *Ibid.*

<sup>688</sup> N. CHARRON, C. DAHLSTRÖM, M. Y. FAZEKAS and V. LAPUENTE, « Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes », *The Journal of Politics*, 2017, vol. 79/January, <http://dx.doi.org/10.1086/687209>.

des objectifs de corruption, l'émetteur informant informellement l'entreprise bien connectée de l'opportunité bien à l'avance ;

(iv) Une évaluation rapide des offres : si le temps utilisé pour se prononcer sur les offres soumises est excessivement court ou allongé par une contestation juridique, cela peut également signaler des risques de corruption. Les décisions rapides peuvent refléter une évaluation préméditée, tandis que la contestation judiciaire et la longue période de décision correspondante suggèrent une violation pure et simple des lois.

**290.** Dans cette optique, la mesure de la corruption par régions au sein de l'Union européenne, et non pas par États, donne une tout autre vision du phénomène corruptif<sup>689</sup>. Les variations régionales de la gestion des carrières des fonctionnaires peuvent donc avoir une incidence significative sur le taux de corruption, indépendamment des mesures nationales en œuvre. En effet, une variation de la corruption, région par région, peut s'expliquer par le fait que les risques de corruption sont systématiquement plus faibles lorsque les carrières des fonctionnaires sont déterminées par leurs pairs et non par des politiciens. Certains fonctionnaires favoriseraient donc des entrepreneurs bien établis, alors que d'autres attribuent les marchés publics de manière plus impartiale selon la manière dont ils anticipent leurs évolutions de carrière.

**291.** Dès lors, au-delà des catégories énoncées par le droit, les caractéristiques mêmes de la passation des marchés contiennent les possibilités d'une corruption. Il existerait donc, dans le cadre des activités bureaucratiques routinières des « passes dans le droit »<sup>690</sup>, qui permettent aux fonctionnaires d'effectuer des arrangements légaux dans leurs activités juridiques quotidiennes, sans tomber sous le coup d'une catégorisation pénale.

**292.** Après avoir mis en avant la diversité des manières d'identifier la corruption dans les contrats publics seront présentées les mesures de lutte contre celle-ci.

---

<sup>689</sup> *Ibid.*

<sup>690</sup> P. LASCOURMES et J.-P. LE BOURHIS, « Des « passe-droits » aux passes du droit. La mise en œuvre socio-juridique de l'action publique », *Droit et société*, n°32, 1996, pp. 51-73.

## Section II

# Une mise en œuvre de mesures anticorruption dans les marchés publics à travers le monde

**293. Isomorphisme institutionnel, *due diligence* et *compliance*.** Les mesures issues de la loi Sapin 2 s'inscrivent dans un contexte international de lutte contre la corruption, plus précisément d'un « *assemblage de mesures* » qui relie les acteurs étatiques et non-étatiques<sup>691</sup>. Les mesures de l'article 16, et notamment l'évaluation des tiers reflètent ce nouveau paradigme du management des risques par les acteurs du monde des affaires, qui glisse d'un contrôle financier vers un contrôle de la *compliance* par des mécanismes de *due diligence*. C'est donc une acculturation des acteurs qui a lieu dans le cadre d'un isomorphisme institutionnel en termes de responsabilité sociale des acteurs du monde des affaires<sup>692</sup>. Le mécanisme d'évaluation des tiers reflète parfaitement ce phénomène (A).

**294. Internationalisation des mécanismes de lutte contre la corruption.** Au-delà des régimes juridiques différents, la mise en place d'autorités anticorruption à travers le monde depuis les années 1990 constitue un élément de comparaison pour mettre en perspective le rôle de l'AFA en France (B).

**295. Transfert possible de mesures anticorruption.** De plus, notre enquête a conduit à identifier des mesures importables en France, ayant trait notamment au renforcement de la procédure conduisant à exclure des marchés publics un opérateur condamné pour des faits de corruption. Les politiques mises en place aux États-Unis et au Canada ont particulièrement reçu notre attention. En effet, les mesures mises en œuvre répondent particulièrement aux interrogations rencontrées lors des entretiens relatifs à la procédure de sélection des candidats et aux possibilités d'exclusion des candidats condamnés auparavant pour des faits de corruption (C), et des mesures de gestion spécifiques de la carrière des fonctionnaires exposés aux risques de corruption, notamment en Allemagne où la gestion de la carrière des fonctionnaires a pris en compte les risques liés à la passation des marchés publics(D). Par ailleurs, si les États et les organisations internationales ont participé à produire des modèles de normes et institutions de lutte contre la corruption, les ONG se sont emparées de ce sujet, au point d'imposer la mise en place de pactes d'intégrité, instrument créé par *Transparency International* (E).

<sup>691</sup> H. KRAUSE et M.H. TANG-JENSEN, "Making up corruption control: Conducting due diligence in a Danish law firm", *Ephemera*, vol. 15, n°2, 2015, p. 370.

<sup>692</sup> Voir par exemple : M. RUBINSTEIN, « Le développement de la responsabilité sociale de l'entreprise », *Revue d'économie industrielle*, 113, 2006, p. 83-105 ; A. BEN RHOUMA, P. KOLEVA et S. SCHALTEGGER, « RSE, management responsable et isomorphisme institutionnel : Une analyse à partir des résultats d'une enquête internationale » *Management international*, 2018, vol. 22, no 3, p. 65-78.

**296. Précisions sur les exemples de droit comparé.** Tout au long de ces développements seront présentées différentes mesures mises en œuvre dans différents États. Afin de présenter ces éléments de droit comparé, nous avons dégagé des critères de sélection des régimes juridiques que nous allons étudier. Nous avons choisi de présenter les mesures mises en œuvre dans des États où les indicateurs de perception de la corruption et de démocratie sont plus élevés qu'en France. En effet, plus un régime est démocratique avec un niveau de développement élevé, moins la corruption est présente. Cet élément a déjà été pris en considération pour étudier la corruption dans les marchés publics<sup>693</sup>. De plus, les pays en développement ont affiché une volonté moindre de se saisir de la question de la transparence au sein des marchés publics<sup>694</sup>.

Nous avons sélectionné des États obtenant un score supérieur à celui de la France dans l'enquête de *Transparency International* de 2020 sur l'indice de perception de la corruption<sup>695</sup>, et considérés comme des démocraties pleines par l'indice de démocratie de 2020 de *The Economist Intelligence Unit*<sup>696</sup>. De plus, nous avons sélectionné les États pour lesquels une revue de littérature internationale nous a indiqué que les mesures semblaient contribuer à la lutte contre la corruption. Par ailleurs, ces États devaient aussi être membres de l'OCDE.

**297.** Ainsi, le tableau suivant récapitule les États desquels nous avons tiré nos exemples :

Pays	Indice de perception de la corruption (plus il est élevé, plus la perception de la corruption est faible)	Indice de démocratie (plus il est proche de 10 plus le pays est démocratique)
Allemagne	80	8.67
Canada	77	9.24
États-Unis	67	7.92
France	59	7.99

## I - Le contrôle des tiers, entre management des risques financiers et compliance

**298. Origines de cette pratique.** Nous reviendrons sur les mesures d'évaluation des tiers qui appartiennent aux pratiques de *due diligence* inhérentes aux contrôles des risques par les entreprises. L'évaluation des tiers aux entreprises prend ses origines dans

<sup>693</sup> N. CHARRON, C. DAHLSTRÖM, M. FAZEKAS and V. LAPUENTE (2017), « Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes », *op. cit.*

<sup>694</sup> P. G. NELL, « Transparence dans les marchés publics : Options après la cinquième conférence ministérielle de l'OMC à Cancún », *Revue internationale de droit économique*, vol. XVIII, n°3, 2004, pp. 355-379.

<sup>695</sup> Transparency International, *Indice de perception de la corruption 2020*, 2020 : [https://transparency-france.org/wp-content/uploads/2021/01/CPI2020\\_Report\\_FR-WEB.pdf](https://transparency-france.org/wp-content/uploads/2021/01/CPI2020_Report_FR-WEB.pdf).

<sup>696</sup> The Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2020*, 2020, <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020/>

les pratiques de management des risques des entreprises. Ainsi, le terme de *due diligence* dans le monde des affaires se réfère au contrôle des entreprises tiers.

Ce mécanisme peut être identifié pour la première fois en 1933 aux États-Unis dans le *Securities Act*. Cette loi prise dans le secteur bancaire permettait aux entreprises d'examiner minutieusement les comptes de ses partenaires commerciaux. Plus tard, le *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 mettra en œuvre des mesures plus étendues, qui permettent de mesurer le risque de traiter avec un partenaire commercial corrompu. Et donc d'évaluer le risque qu'il représente pour l'activité de l'entreprise évaluatrice.

La portée extraterritoriale de cette loi et la prise en considération de cette problématique par les organisations internationales vont faire de l'évaluation des tiers une pratique généralisée de management des risques de la corruption dans le monde anglo-saxon. Elle se situe alors dans une logique de *compliance*, c'est-à-dire que le contrôle des tiers qui avait pour origine de garantir la viabilité des échanges économiques après la crise de 1929 se voit enrichi d'un contrôle du respect de normes éthiques.

Le *UK Bribery Act* de 2010 va également dans ce sens en créant une infraction de manquement à la prévention de la corruption. Il devient une référence dans le monde anglo-saxon des affaires, et un étalon de comparaison des mesures de lutte anti-corruption<sup>697</sup>.

De plus, l'exercice d'une diligence raisonnable basée sur le risque à l'égard des tiers est devenu une attente légale dans de nombreux pays qui ont ratifié la Convention anticorruption de l'OCDE et/ou la Convention des Nations Unies contre la corruption. En ce sens, *l'Annexe II : Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité* de la Convention anticorruption de l'OCDE de 1997<sup>698</sup> détaille les recommandations concernant les programmes ou des mesures de déontologie et de conformité destinés à prévenir et à détecter la corruption transnationale applicables aux tiers. Elle comprend des vérifications préalables fondées sur les risques et documentées de façon adéquate ; l'information des partenaires commerciaux des engagements pris en matière de lutte contre la corruption ; ainsi que la recherche d'un engagement réciproque de la part des partenaires commerciaux.

Le *due diligence* est donc passé d'une logique de management d'un risque financier, à une logique de *compliance* qui prend en compte les risques en termes légaux et en termes de réputation<sup>699</sup>.

**299. L'évaluation des tiers comme moyen de lutte contre la corruption.** La loi Sapin 2 reprend classiquement les mécaniques qui existent en termes de *due diligence* (cartographie des risques, code de conduite, procédures de contrôles comptables internes, dispositifs de formation, dispositif d'alerte interne, régime disciplinaire, dispositif de contrôle et d'évaluation interne) et comprend aussi l'évaluation des tiers en matière de corruption. Elle laisse cependant libre le choix de la procédure.

<sup>697</sup> A. BEGUM, "Corruption in business: A critical appraisal of the Australian regulatory regime in the light of the UK Bribery Act 2010", *Journal of Financial Crime*, Vol. 27, n°3, 2020, pp. 735-754.

<sup>698</sup> Voir [https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery\\_FR.pdf](https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf).

<sup>699</sup> P. YEON, "The UK Bribery Act 2010: contents and implications", *Journal of Financial Crime*, vol. 19, n°1, 2012, pp. 37-53.

L'évaluation des tiers peut se définir comme « les procédures par lesquelles les entreprises évaluent les antécédents de leurs partenaires potentiels avant de s'engager dans des affaires avec eux. »<sup>700</sup>. En fait, « Le due diligence ressemble à l'examen par les pairs »<sup>701</sup>. Il « établit une relation de pouvoir particulière entre un examinateur et un examiné. La due diligence est une technologie de gouvernance qui pourrait discipliner la conduite des entreprises par l'examen qu'elle entreprend. Quels que soit l'orientation, le succès ou l'échec de ce processus, la diligence raisonnable contient son propre ensemble d'hypothèses juridiques, culturelles et sociales. »<sup>702</sup>. Les chercheurs notent « l'approbation de plus en plus répandue de cette technologie de contrôle de la corruption dans tous les secteurs et ses implications pour la gouvernance en général. »<sup>703</sup>. L'évaluation des tiers est donc un moyen de contrôle qui n'est pas neutre concernant la relation examinateur-examiné. La relation particulière qu'il institue est le lieu d'un enjeu de pouvoir, plus précisément de gouvernementalité dans la lutte contre la corruption<sup>704</sup>. C'est-à-dire qu'elle ne dépend plus d'un pouvoir centralisé, mais d'une multitude de relations qui se nouent entre les acteurs du monde des affaires.

**300. Une internationalisation des mesures d'évaluation des tiers.** Dans la pratique concrète, l'évaluation des tiers se matérialise par des contrôles d'une entreprise sur une autre entreprise. Elle prend plusieurs formes : soit directement, par exemple l'envoi de questionnaires, soit indirectement par des acteurs professionnels de l'évaluation de tiers.

Dans ce dernier cas, elle échoit souvent à des cabinets d'avocats, comme le soulèvent des chercheurs danois : " *Aujourd'hui, les cinq principaux cabinets d'avocats ayant les revenus par associé et les revenus par avocat les plus élevés parmi les cabinets d'avocats ayant leur siège au Royaume-Uni font la promotion de services commerciaux spécifiques de lutte contre la corruption. Cette tendance croissante est évidente dans l'indice M&A du cabinet d'avocats Allen and Overy qui met en évidence le nombre de mesures anticorruption dans les transactions de joint-venture. En 2013, 54 % des transactions de joint-venture comprenaient de telles mesures, contre 45 % l'année précédente. En outre, 18 % des transactions portaient également sur des questions de responsabilité d'entreprise plus larges.* »<sup>705</sup>.

Dans le premier cas, le Forum Economique Mondial avait publié en 2013 des recommandations face à ce risque<sup>706</sup> élaborées dans le cadre du Partnering Against Corruption Initiative. Il rappelle que les obligations de diligence raisonnable imposées aux tiers ont récemment élargi dans le sillage de diverses lois telles que la loi américaine sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) et la loi britannique sur la corruption (Bribery Act). Le guide détaille les acteurs à évaluer, la manière de conduire l'évaluation, les informations à récolter,

<sup>700</sup> H. KRAUSE et M.H. TANG-JENSEN, "Making up corruption control: Conducting due diligence in a Danish law firm", *op. cit.*, p. 366.

<sup>701</sup> *Ibid.* p.367.

<sup>702</sup> *Ibid.* p. 367.

<sup>703</sup> *Ibid.*

<sup>704</sup> H. K. HANSEN, "Managing corruption risks" *Review of International Political Economy*, 2011, 18/2, pp. 251-275.

<sup>705</sup> *Ibid.* p. 373.

<sup>706</sup> PARTNERING AGAINST CORRUPTION INITIATIVE, *Good Practice Guidelines on Conducting Third-Party Due Diligence*, *Forum Economique Mondial*, 2013 : [https://baselgovernance.org/sites/default/files/2019-02/wef\\_paci\\_conductingthirdpartyduediligence\\_guidelines\\_2013.pdf](https://baselgovernance.org/sites/default/files/2019-02/wef_paci_conductingthirdpartyduediligence_guidelines_2013.pdf).

l'analyse à en tirer et les mesures concrètes à mettre en œuvre à l'issue de cette analyse. Les Annexes à ces recommandations fournissent un modèle de questionnaire détaillé d'auto-évaluation et d'évaluation des tiers. De même qu'une liste des « drapeaux rouges » en termes de détection de la corruption chez les tiers.

**301.** Ainsi, le dispositif d'évaluation des tiers issu de la loi Sapin 2 résulte d'un contexte international, plus précisément d'un « *assemblage de la lutte contre la corruption* » qui est « *en cours d'élaboration, et relie de diverses manières les acteurs étatiques et non étatiques, y compris les acteurs commerciaux, les institutions de recherche, les ONG et autres experts et corps de connaissances. Conceptuellement, un assemblage fait référence à l'enchevêtrement d'éléments humains et non humains hétérogènes - personnes, objets et réseaux - et à leur formation en un champ de pensée et d'action.* »<sup>707</sup>.

## **II - Les agences de lutte contre la corruption : du mimétisme institutionnel à la diversité des modèles nationaux**

**302. La diffusion internationale du modèle d'agence anticorruption.** Les Agences anticorruption sont « *des organismes publics (financés) à caractère durable, ayant pour mission spécifique de lutter contre la corruption et de réduire les structures d'opportunités propices à son apparition dans la société par des mesures préventives et/ou répressives* »<sup>708</sup>. Le développement en France de l'Agence Française Anticorruption témoigne de l'implantation d'un type particulier d'institution qui s'est diffusée à travers le monde dans les années 1990. La création de ces agences résulte d'un consensus politique issu de multiples crises dues à la corruption. Ce modèle a notamment été porté par des conventions internationales et intergouvernementales dans les années 1990 et 2000. Elles sont issues du constat de l'échec des modes de luttes conventionnels contre le phénomène corruptif et de la préoccupation internationale grandissante pour la lutte contre la corruption. Dès lors, l'émergence d'agences anticorruption relève d'un mimétisme institutionnel et de transfert de connaissance entre les États. Il prend des formes différentes selon le contexte légal et institutionnel de chaque État. Ces agences ont aussi un spectre de compétences variées. Ces compétences relèvent, à des degrés divers de la prévention, de la production de connaissances, de pouvoirs d'investigation et de contrôle. Elles sont donc destinées à porter en partie les politiques anticorruption des États. Elles correspondent donc à un modèle d'institution qui se développe à la croisée des dispositifs légaux et réglementaires de lutte anticorruption : entre contrôle administratif, sanctions pénales et *compliance*.

**303. Deux grandes justifications à l'existence des agences anticorruption dans le monde.** Les agences anticorruption ont émergé dans le monde pour deux raisons

<sup>707</sup> H. KRAUSE et M.H. TANG-JENSEN, "Making up corruption control: Conducting due diligence in a Danish law firm", *op. cit.*, p. 370.

<sup>708</sup> L. DE SOUSA, « Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance », *Crime, Law and Social Change*, 2010, vol. 53, pp. 5-22.

essentielles, liées à des considérations politiques différentes. Dans les pays en développement à la démocratie instable, elles ont émergé à la demande des bailleurs de fonds qui y voyaient le moyen de s'assurer que les fonds donnés soient bien utilisés et non dépensés en pratiques corruptives. Dans les pays occidentaux, elles ont émergé dans le contexte d'une triple pression : celle des scandales politiques liés aux affaires de corruption, celle des organisations internationales et celle d'un besoin de légitimité de la part des gouvernements dans la lutte contre la corruption<sup>709</sup>.

**304. Trois types d'agences anticorruption.** L'OCDE les classe en trois types : les institutions à compétences multiples ; les départements spécialisés ayant des compétences d'investigations et de poursuites ; les institutions aux compétences exclusivement préventives (le Service Central de Prévention de la corruption Français créé en 1993 correspondait à ce modèle)<sup>710</sup>.

**305. Les éléments de définition d'une agence anticorruption.** La littérature scientifique identifie des prérequis pour définir une institution comme une agence de lutte anticorruption<sup>711</sup>. Ainsi, elle devrait être :

- distincte des autres institutions de par ses missions qui doivent être exclusivement la lutte contre la corruption ;
- le contrôle doit être préventif et/ou répressif ;
- une institution durable dans le temps ;
- avoir le pouvoir de centraliser les informations
- permettre l'articulation de dispositifs anticorruption menés par d'autres acteurs ;
- produire de la connaissance et la partager aux autres acteurs ;
- l'État doit respecter les principes de l'État de droit ;
- son existence doit être connue et accessible par un public large.

**306. Les caractéristiques des agences anticorruption.** Au-delà de cet idéal type, il existe des caractéristiques partagées entre les différentes agences anticorruption dans le monde<sup>712</sup> :

- *L'indépendance*, entendue comme la capacité à conduire leurs missions sans interférence politique extérieure. La nomination des membres et les moyens financiers qui lui sont accordés permettent d'évaluer ce degré d'indépendance.
- *La coopération inter-institutionnelle et inter-réseaux* : D'une part au niveau national, les ACA sont l'une des pièces d'un système plus large de contrôle et partagent leurs compétences avec d'autres entités. L'entièreté de leurs missions de contrôle ne peut se réaliser seule, elle dépend d'autres institutions répressives. D'autre part, au niveau

<sup>709</sup> F. DI MASCO, M. MAGGETTI, A. NATALINI, « Exploring the Dynamics of Delegation Over Time: Insights from Italian Anti-Corruption Agencies (2003–2016) », *Policy Studies Journal*, vol. 48, Issue 2, pp. 367-400.

<sup>710</sup> OCDE, *Specialized Anti-Corruption Institutions: Review of Models*, 2007.

<sup>711</sup> L. DE SOUSA, "Anti-corruption Agencies: Between Empowerment and Irrelevance", *EUI Working Papers*, 2009, RSCAS 2009/08, p. 6.

<sup>712</sup> *Ibid.*

international, la coopération internationale et le transfert de connaissance notamment à travers le GRECO, ou encore l'association internationale des agences anticorruption.

- *Le recrutement et la spécialisation* : le recrutement d'un personnel qualifié et expérimenté dans la gestion des politiques anticorruption est l'une des données importantes de leur implantation pertinente.
- *Des compétences larges et un pouvoir spécial* : leurs compétences doivent être plus larges que celles échouant aux institutions répressives habituelles. Elle vise à cibler des pratiques et attitudes qui relèvent tant des règles juridiques anticorruption que de la conformité à une éthique.
- *Le rôle de la recherche* : la lutte contre la corruption requiert une production de connaissances spécifiques par une recherche empirique dans le but d'améliorer les contrôles.
- *La durabilité* : une agence anticorruption doit être destinée à être une institution durablement installée.

La mise en place de ces agences a donné lieu à des critiques concernant leur structuration et l'effectivité de la lutte contre la corruption qu'elles sont censées porter. D'une part, peu remplissent réellement tous les rôles que la littérature a dégagés. D'autre part, leur existence même ne suffit pas à justifier d'une lutte efficace contre la corruption<sup>713</sup>. Par exemple, l'UNDP signale alors que la création de ces agences montre trop peu d'exemples encourageants de lutte effective contre la corruption<sup>714</sup>.

**307. Le rôle clé des acteurs de la société civile dans l'amplification du rôle des agences anticorruption.** Un élément de leur effectivité résulte de l'amplification de leurs activités par les acteurs de la société civile qu'ils soient journalistes ou ONG<sup>715</sup>. Ces acteurs jouent quatre types de rôles de soutien aux activités : activer les enquêtes des ACA ; amplifier les opérations des ACA ; protéger les activités et les opérations des ACA et défendre l'indépendance et les pouvoirs des ACA, selon S. Siebie Ankamah.

**308. L'Agence française anticorruption (AFA) confrontée à la comparaison.** L'AFA correspond au second modèle présenté par l'OCDE. En effet, elle est un service à compétence nationale, placé auprès du ministre de la Justice et du ministre chargé du Budget, ayant pour mission d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme<sup>716</sup>. Elle est dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire nommé par le Président de la République pour une durée de six ans non renouvelables. Le magistrat qui dirige l'agence ne reçoit ni ne sollicite d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale dans l'exercice des

<sup>713</sup> *Ibid.*

<sup>714</sup> Voir le rapport du PNUD, *Institutionnal Arrangements to Combat Corruption: A comparative Study*, PNUD, 2005.

<sup>715</sup> S. SIEBIE ANKAMAH, « Why do "teeth" need "voice"? The case of anti-corruption agencies in three Australian states », *Australian Journal of Public Administration*, Vol. 78, Issue 4, pp. 481-496.

<sup>716</sup> Article 1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

mission<sup>717</sup>. De plus, le conseil stratégique qui définit sa politique est composé de membres nommés par le ministère de la Justice et le ministère du Budget, des Affaires étrangères et de l'Intérieur. Les personnes qui définissent la politique qu'elle mène ne sont donc pas réellement en position d'indépendance par rapport au gouvernement. L'indépendance organique et fonctionnelle de l'AFA est donc assez faible, dès lors qu'elle est un service dépendant de deux ministères. De plus, la durabilité de ses missions semble remise en cause par une proposition de loi récente<sup>718</sup>, qui vise à répartir les compétences de contrôle et de conseil des acteurs publics à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). Elle conserverait les fonctions de conseil et de contrôle des acteurs économiques<sup>719</sup>. Cette proposition de loi a fait l'objet de vives critiques, adressées notamment par l'ONG *Transparency International* au ministère de la Justice et à celui de l'Économie<sup>720</sup>.

Le contexte politique français ne penche donc pas vers une extension de son rôle ni à la constitution d'une véritable autorité indépendante. À rebours de ce discours, nous verrons qu'une extension possible du rôle de l'AFA pourrait consister à ce qu'elle prononce des exclusions des contrats publics pour les opérateurs ayant déjà été condamnés pour des faits de corruption au-delà de ce qui est déjà prévu par le Code de la commande publique. Pour cela, nous allons nous pencher sur les mécanismes d'exclusion en œuvre aux États-Unis et au Canada.

### III - La prévention de la corruption par les mécanismes d'exclusion aux États-Unis et au Canada

**309. Le possible transfert du modèle d'intégrité nord-américain en Europe.** C. Yukins et M. Kania plaident pour l'instauration dans l'Union européenne de deux stratégies mises en œuvre aux États-Unis : la centralisation de l'autorité qui prononce les exclusions des entreprises, et l'utilisation de contrôleurs indépendants comme alternative à l'exclusion<sup>721</sup>. Ils estiment qu'elles ont été utilisées de manière fiable aux États-Unis, et semblent s'adapter confortablement aux larges mandats des directives européennes sur les marchés publics. Le contenu des entretiens de la Chaire a montré que de nombreux acteurs de la commande publique s'interrogent sur la possibilité, en pratique, d'exclure de la procédure de passation d'un marché public un co-contractant condamné pour des faits de corruption ou sur la possibilité de résilier un marché en cas de condamnation dans l'intervalle<sup>722</sup>. Des exemples de dispositions légales existent à travers le monde, notamment en ce qui concerne les régimes

<sup>717</sup> Article 2 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

<sup>718</sup> *Proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption*, présentée par Raphaël Gauvain le 19 octobre 2021 devant l'Assemblée Nationale : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b4586\\_proposition-loi](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b4586_proposition-loi) (consulté le 21 décembre 2021).

<sup>719</sup> P. DUFOURCO, « Renforcement de la lutte contre la corruption : proposition de loi Gauvain déposée », *Dalloz Actualité*, 27 octobre 2021.

<sup>720</sup> <https://transparency-france.org/actu/positionnement-proposition-de-loi-visant-a-renforcer-la-lutte-contre-la-corruption-du-depute-raphael-gauvain-transparency-france-ecrit-aux-ministres-de-la-justice-et-de-leconomie/#.YcH0RmjMJPY> (consulté le 21 décembre 2021).

<sup>721</sup> C. YUKINS, M. KANIA, « Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement », 19-2 *UrT* 47 (2019); *GWU Law School Public Law Research Paper*, n°2019-39.

<sup>722</sup> Article L. 2141-1 et suivants et article L. 2195-4 du Code de la commande publique.

d'exclusions permis par l'Accord Canada-Etats-Unis-Mexique (ACEUM) qui constitue un modèle, dont le Royaume-Uni pourrait par ailleurs s'inspirer très prochainement<sup>723</sup> et dont une partie de la doctrine promeut l'intégration dans les directives européennes<sup>724</sup>.

### A – Deux grandes typologies d'exclusion et de suspension

**310.** Deux grands modèles d'exclusion des contrats publics existent : un modèle européen selon lequel une entreprise condamnée pour des faits de corruption peut se trouver exclue des marchés publics, et un modèle d'intégrité, selon lequel une telle condamnation exclut les possibilités pour une entreprise condamnée de passer un marché avec une administration<sup>725</sup>. L'article 57.1 de la directive européenne 2014/24 et son Considérant 102 prévoient un modèle où les acheteurs publics excluent une entreprise condamnée définitivement pour corruption. L'accord Canada, États-Unis, Mexique (ACEUM) prévoit un modèle d'intégrité. Ce sont les articles 13.7 et 13.17 et 27 de l'ACEUM qui prévoient une telle possibilité<sup>726</sup>. Sur ces bases, en 2006, le Canada a prévu un régime d'intégrité<sup>727</sup>. Il repose sur deux piliers : le contrôle des risques éthiques des contractants privés et le contrôle de la conformité des documents contractuels au cadre normatif<sup>728</sup>. La création de l'Autorité des marchés publics en 2017<sup>729</sup> a permis de mettre en œuvre un contrôle de ces mesures, dont le mandat est réellement entré en vigueur en 2019. Aux États-Unis, le régime d'intégrité existe depuis les années 1980 et s'est développé dans la réglementation du FAR.

Ces deux exemples de mise en œuvre du modèle d'intégrité donnent un exemple de mesures concrètes d'exclusion, par une gestion centralisée qui ne repose pas uniquement sur les acheteurs. Pour comprendre l'intérêt de ce modèle, il faut revenir sur le cas français.

### B – Retour sur le modèle français

Il existe différents motifs d'exclusion des marchés publics (1.), qu'il revient avant tout aux acheteurs de mettre en œuvre lors des phases de passation ou d'exécution du contrat (2.).

<sup>723</sup> S. HAWLEY, « What makes a good debarment regime? Keeping corrupt and fraudulent companies out of post-Brexit public procurement », *Public Procurement Law Review*, 2021, 3, pp.124-132.

<sup>724</sup> V. C. YUKINS et M. KANIA, « Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement », *op. cit.*

<sup>725</sup> J. DDAMULIRA MUJUZI, « Public procurement, foreign convictions and the Canadian ineligibility and suspension policy of the integrity regime: some of the issues to grapple with », *Public Procurement Law Review*, 2017, n°3, p. 81.

<sup>726</sup> <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>

<sup>727</sup> *Loi sur les contrats des organismes publics, RLRQ c C-65.1, 15 juin 2006. <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/pdf/lc/C-65.1.pdf>*

<sup>728</sup> S.-P. HEMLE DJOB SOTONG, « L'importance du régime d'intégrité en matière de contrats publics », *Éthique publique* [En ligne], vol. 23, n° 1, 2021.

<sup>729</sup> Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics et instituant l'Autorité des marchés publics, 1<sup>er</sup> décembre 2017.

## 1. Les motifs d'exclusion

**311. Le modèle d'exclusion français**<sup>730</sup>. Le Code de la commande publique français prévoit deux types d'exclusions possibles<sup>731</sup> : les exclusions de plein droit<sup>732</sup> et les exclusions à l'appréciation de l'acheteur<sup>733</sup>. Ces dispositions sont apparues, au cours de nos enquêtes, difficiles à manier pour les opérateurs économiques, voire parfois mal connues des acteurs de la commande publique. Elles relèvent de la décision de l'acheteur qui peut décider d'exclure ou non une entreprise en ayant recours à ces dispositions.

**312. Les motifs d'exclusion de plein droit en droit français.** Les motifs d'exclusion de plein droit sont, notamment, les condamnations définitives au titre de l'article L. 2141-1 du Code de la commande publique pour :

- le trafic de stupéfiants (article 222-34 du Code pénal)
- la traite des êtres humains et la tentative de traite des êtres humains (articles 225-4-1 et 225-4-7 du Code pénal)
- l'escroquerie et la tentative d'escroquerie (articles 313-1 et 313-3 du Code pénal)
- l'abus de confiance (article 314-1 du Code pénal)
- le blanchiment et la tentative de blanchiment (articles 324-1, 324-5 et 324-6 du Code pénal)
- les actes de terrorisme (articles 421-1 et 421-5 du Code pénal)
- la concussion (article 432-10 du Code pénal)
- la corruption passive et active (articles 432-11, 433-1 et 435-3 du Code pénal)
- la prise illégale d'intérêts et le trafic d'influence (articles 432-12, 433-2 et 435-4 435-9 et 435-10 du Code pénal)
- l'entrave à l'exercice de la justice (articles 434-9 et 434-9-1 du Code pénal)
- La fabrication de faux et l'usage de faux et leur tentative (articles 441-1 à 441-7 et 441-9 du Code pénal)
- la corruption passive et active de personnes n'exerçant pas une fonction publique (articles 445-1 à 445-2-1 du Code pénal)
- l'association de malfaiteurs (article 450-1 du Code pénal)
- le fait de se soustraire ou tenter de se soustraire à l'impôt (article 1741 du Code général des impôts).
- Le fait de mettre les agents habilités à constater les infractions à la législation fiscale dans l'impossibilité d'accomplir leurs fonctions (article 1746 du Code pénal).

Le recel de ces infractions mène à la même sanction d'exclusion. De plus, la commission d'infractions équivalentes prévue par un autre État membre de l'UE entraîne également l'exclusion de droit.

---

<sup>730</sup> Article L. 4 du Code de la commande publique : « *Les contrats de la commande publique ne peuvent être attribués à des opérateurs économiques ayant fait l'objet des mesures d'exclusion définies par le présent code* ».

<sup>731</sup> F. LICHERE, « Motifs d'exclusions des marchés publics et des concessions », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, EFE, mis à jour 30 juillet 2021.

<sup>732</sup> Articles L. 2141-1 à L. 2141-6 du Code de la commande publique.

<sup>733</sup> Articles L. 2141-7 à L. 2141-11 du Code de la commande publique.

Cette exclusion s'applique pour une durée de cinq années après la condamnation<sup>734</sup>, à moins qu'une décision de justice définitive prononce une peine différente.

Également, sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles<sup>735</sup>.

De même, les personnes soumises à liquidation judiciaire, en faillite ou interdiction de gérer ou en procédure de redressement judiciaire<sup>736</sup>, ou qui ont eu recours à du travail dissimulé ou au marchandage, au prêt de main-d'œuvre, l'emploi d'étrangers non autorisés à travailler, ou la méconnaissance des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et de discrimination au sens de l'article 225-1 du Code pénal. De même pour les entreprises qui n'ont pas effectué les négociations obligatoires en entreprise. Ou encore pour les personnes qui ont organisé ou tenté d'organiser par voies de fait, menaces ou manœuvres concertées le refus collectif de payer l'impôt<sup>737</sup>. Ainsi, la condamnation pour des faits de corruption relève bien des motifs d'exclusion de plein droit.

**313. Les motifs d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur.** Quatre situations peuvent conduire à une exclusion à l'appréciation de l'acheteur : les manquements antérieurs aux obligations contractuelles, les situations où la concurrence est distordue, l'existence d'ententes ou de conflits d'intérêts.

Ainsi, les personnes qui ont commis un manquement grave et persistant à leurs obligations contractuelles pour un contrat de la commande publique peuvent être exclues, si ces faits ont été commis les trois années précédentes et si elles ont reçu une sanction ou si elles ont versé des dommages et intérêts<sup>738</sup>.

La personne qui a tenté d'influer la procédure de passation ou a obtenu des informations susceptibles de distordre la concurrence en participant à la préparation du marché peut se voir exclue du marché<sup>739</sup>. En cas d'indices graves et concordants selon lesquels une personne a conclu une entente pouvant justifier une exclusion<sup>740</sup>, ou encore lorsqu'il existe un risque de conflit d'intérêt<sup>741</sup>. L'opérateur économique doit être mis à même de présenter ses observations<sup>742</sup>.

**314. L'exclusion comme peine prononcée à l'issue d'une sanction pénale.** L'exclusion des marchés publics peut être prononcée par une juridiction judiciaire à l'encontre de personnes morales et physiques condamnées pour un crime ou un délit<sup>743</sup>. La participation

---

<sup>734</sup> Article 131-39 du Code pénal.

<sup>735</sup> Article L. 2141-2 du Code de la commande publique.

<sup>736</sup> Article 2141-3 du Code de la commande publique.

<sup>737</sup> Article 1747 du Code pénal.

<sup>738</sup> Article L. 2141-7 du Code de la commande publique.

<sup>739</sup> Article L. 2141-8 du Code de la commande publique.

<sup>740</sup> Article L. 2141-9 du Code de la commande publique.

<sup>741</sup> Article L.2141-10 du Code de la commande publique.

<sup>742</sup> Article L. 2141-11 du Code de la commande publique.

<sup>743</sup> Article 131-34 du Code pénal.

directe et indirecte à un marché public est alors rendue impossible pour la personne condamnée. Cette condamnation doit être individualisée et proportionnée<sup>744</sup>.

## 2. Les acteurs qui peuvent prononcer l'exclusion

**315. Le prononcé d'une peine par une juridiction judiciaire.** Dans le cas de l'exclusion comme sanction pénale, la peine est prononcée par la juridiction judiciaire. Mais sa mise en œuvre dépend des parties au contrat, c'est-à-dire essentiellement de l'acheteur<sup>745</sup>. Ainsi, dans le cas où un marché est en cours au moment du prononcé de la peine, le contrat doit être résilié par l'acheteur dès lors que le co-contractant l'a informé de sa condamnation<sup>746</sup>. Si l'opérateur condamné est en train de répondre à un appel à concurrence, il s'engage alors sur la voie d'un contrat qui pourra être résilié<sup>747</sup>.

**316. Une lourde responsabilité pour l'acheteur.** Le modèle français fait reposer la décision d'exclusion sur l'acheteur, ce qui lui confère une lourde responsabilité et ouvre la porte à des risques contentieux. Il doit prendre sa décision au regard de plusieurs ambiguïtés contenues dans le Code de la commande publique. D'une part, la vérification du casier judiciaire d'un candidat ne se fait qu'en fin de procédure. D'autre part, les motifs d'exclusion de plein droit peuvent être écartés à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés. Concernant les motifs d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur, le principe fondamental du prononcé d'une exclusion est celui de proportionnalité de la mesure<sup>748</sup>, laissée encore une fois à l'évaluation de l'acheteur. Or une entreprise en cours de condamnation pour corruption pourrait être considérée comme pouvant être exclue si elle a fait l'objet d'une sanction administrative dans le cadre d'un précédent contrat de la commande publique, au titre de l'article L 2141-7 du CCP précité.

Nous verrons que les modèles canadiens et américains laissent ce rôle à une agence centralisée, chargée de tenir des registres d'entreprises exclues.

## C – Les modèles canadiens et américains

**317. Les trois questions de l'exclusion.** L'exclusion pose trois questions : pourquoi un opérateur peut-il être exclu ? Qui peut l'exclure et quels sont les mécanismes de réhabilitation et de contrôle pour donner suite à cette exclusion<sup>749</sup> ?

<sup>744</sup> X. PIN, « Exclusion des marchés publics », *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 131-34.

<sup>745</sup> Article L.2141-1 du Code de la commande publique.

<sup>746</sup> Article L.1295-4 du Code de la commande publique.

<sup>747</sup> X. PIN, Fasc. 20 : Exclusion des marchés publics, *op.cit.*

<sup>748</sup> CJCE, 18 déc. 2008, *Michaniki AE c/ Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias*, C-213/07.

<sup>749</sup> V. C. YUKINS, M. KANIA, « Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement », *op. cit.*, pp.52-53.

**318. Le régime d'exclusion et de suspension au Canada.** Concernant le contrôle des risques éthiques, ce régime prévoit que si un contractant privé est reconnu coupable de l'une des infractions spécifiées, il ne peut pas faire affaire avec le gouvernement. Il en est ainsi, que l'infraction soit commise au Canada ou à l'étranger, par l'entreprise ou ses dirigeants<sup>750</sup>. Ainsi : « *l'intégrité de l'entreprise, celle de ses administrateurs, de ses associés, de ses dirigeants ou de ses actionnaires et celle des autres personnes ou entités qui en ont, directement ou indirectement, le contrôle juridique ou de facto, peut être examinée* »<sup>751</sup>. Le gouvernement canadien justifie cette politique par les chiffres fournis par les organisations internationales : « *la perte estimative de fonds publics attribués à des projets de construction dans le monde se chiffre à entre 10 % et 30 % pour cause de mauvaise affectation et de corruption. La Banque mondiale estime également que les entreprises et les personnes versent annuellement 1,5 billion de dollars en pots-de-vin.* »<sup>752</sup>. Ce régime « intégrité » dispose de deux registres qui répertorient les entreprises tenues par l'autorité des marchés publics<sup>753</sup>. En effet, pour candidater à l'attribution de contrats entraînant une dépense supérieure à 1 million d'euros, une entreprise doit détenir une autorisation fournie par l'Autorité des marchés publics<sup>754</sup>. Le registre des entreprises non admissibles aux contrats publics est public. Il compte 2038 entreprises non admissibles aux contrats publics à la date du 29 novembre 2021<sup>755</sup>. L'inscription au registre entraîne une inadmissibilité de cinq années aux contrats publics<sup>756</sup>. Et le registre des entreprises autorisées à contracter avec les organismes publics compte 5 821 entreprises à la date du 29 novembre 2021<sup>757</sup>. Lorsqu'une entreprise n'est pas inscrite au REA, les organismes publics ont l'obligation de consulter le RENA afin de s'assurer qu'une entreprise visée dans le cadre d'un contrat n'est pas inscrite à ce registre. De plus, en 2021, l'Autorité des marchés publics du Canada a estimé que l'inscription au REA «  *vise à protéger le public, qui a intérêt à ce que les contrats publics payés avec des fonds publics soient octroyés à des contractants intègres. Par conséquent, le défaut de détenir une Autorisation entraîne la nullité absolue du contrat public.*

Concernant le contrôle de la conformité des documents contractuels au cadre normatif, la loi de 2017 a confié des missions spécifiques à l'Autorité des marchés publics. Elle doit surveiller l'ensemble des contrats publics et notamment les processus d'attribution et établir les règles de fonctionnement du système électronique d'appel à concurrence. Elle recueille également les renseignements que toute personne peut lui communiquer relatives aux manquements à la conformité avec le cadre normatif de la passation et de l'exécution de

<sup>750</sup> Articles 21.27 et 21.28 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ c C-65.1, 15 juin 2006. <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/pdf/lc/C-65.1.pdf>

<sup>751</sup> Article 21.28 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ c C-65.1, 15 juin 2006. <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/pdf/lc/C-65.1.pdf>

<sup>752</sup> Gouvernement du Canada, *Elargir la trousse d'outils du Canada pour répondre aux actes répréhensibles des entreprises*, 2017, p.4 <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/ar-cw/documents/integrite-integrity-fra.pdf>

<sup>753</sup> AMP, Recommandation 2021-03, 11 février 2021 ; Recommandations 2021-06 à 2021-15, 2 mars 2021.

<sup>754</sup> Article 21.17 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ c C-65.1, 15 juin 2006. <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/pdf/lc/C-65.1.pdf>

<sup>755</sup> Voir le site de l'AMP, *Registre des entreprises non admissibles aux contrats publics* (RENA), <https://amp.quebec/rena/>

<sup>756</sup> Article 21.1 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ c C-65.1, 15 juin 2006. <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/pdf/lc/C-65.1.pdf>

<sup>757</sup> Voir le site de l'AMP, *Registre des entreprises autorisées à contracter ou à sous-contracter* (REA), <https://amp.quebec/rea/>

contrats publics<sup>758</sup>. Par exemple, elle peut constater la « *non-concordance entre les documents d'appel d'offres et l'application réelle d'un contrat de gérance de construction* »<sup>759</sup> et résilier un contrat ou stopper une procédure d'adjudication non conforme.

Ainsi, au Canada, les acheteurs doivent donc veiller à ce que les entreprises qu'ils retiennent ne figurent pas dans les registres. La décision d'exclure ne leur revient donc pas entièrement, elle repose sur la compétence de l'Autorité des marchés publics, qui peut résilier un contrat en cas de manquement de respect de la procédure.

**319. Le régime d'exclusion et de suspension aux États-Unis.** Aux États-Unis, ce régime existe depuis les années 1980<sup>760</sup>. La suspension et l'exclusion peuvent s'appliquer tant aux entreprises qu'aux individus, et peuvent être étendues aux sociétés affiliées d'une entreprise ainsi qu'à ses filiales. Le modèle américain exige que les entreprises aient mis en place les contrôles internes nécessaires pour éviter des conduites corruptives<sup>761</sup>. Tandis que les directives européennes sont plutôt fondées sur la politique de la concurrence et de l'intégration de l'UE<sup>762</sup>. Cette dernière est séparée des objectifs de lutte contre la corruption qui sous-tendent normalement les exigences des gouvernements pour que les entreprises privées établissent des contrôles internes.

En droit de l'Union européenne, la directive 2014/24 distingue les questions de qualification et d'exclusion, tandis que la législation fédérale des États-Unis les regroupe en un seul concept : l'évaluation de la responsabilité du vendeur. Ainsi, dans ce dispositif, si un opérateur n'est pas fiable, il n'est pas qualifié et ne peut pas se voir attribuer un contrat ; de même, lorsqu'un vendeur est confronté à la preuve de sa mauvaise conduite antérieure, s'il ne peut pas démontrer qu'il est "actuellement fiable", il sera généralement exclu des marchés publics fédéraux. Aux États-Unis, le « *debarment and suspension regime* » existe depuis 1984. Ce régime d'exclusion signifie la disqualification des contrats fédéraux pour une période déterminée généralement de trois ans pour les entreprises, mais plus longue en cas de circonstances graves. Les administrations fédérales utilisent la suspension et l'exclusion avec prudence parce que cela peut conduire à réduire considérablement la concurrence et être économiquement dévastateur pour l'entrepreneur ou l'individu concerné. Ainsi, les personnes et les entreprises concernées peuvent demander une révision judiciaire de cette exclusion. Dans ce cas, le juge recherchera une base raisonnable dans le dossier fondant la décision de suspension ou d'exclusion. Dès lors, les perspectives de cette de contrôle judiciaire de la décision d'exclusion incite les responsables de la suspension et de l'exclusion à agir avec prudence.

<sup>758</sup> Simon P. HEMLE DJOB SOTONG, « L'importance du régime d'intégrité en matière de contrats publics », *op.cit.*

<sup>759</sup> *Ibid.*

<sup>760</sup> *Federal Acquisition Regulation*, FAR.

<sup>761</sup> Les dispositions américaines actuelles en matière d'exclusion et de radiation sont rassemblées dans la partie 9, Contractor Qualification, du *Federal Acquisition Regulation*, au titre 48 du Code of Federal Regulations.

<sup>762</sup> Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, Considérant 102 et article 5.

Avant d'arriver à une décision de suspension ou d'exclusion, l'Agence doit prendre en compte des nombreux facteurs dans la mise en œuvre par le contractant des normes de conduite et des systèmes de contrôle interne.

**320. Qui doit prendre la décision d'exclusion ?** Aux États-Unis et au Canada, cette décision est appuyée par une autorité centralisée, alors que dans l'Union européenne elle revient aux acheteurs publics. Aux États-Unis, c'est le responsable de la suspension et de la radiation qui prend une telle décision (*suspension and debarment official*, SDO). Au Canada, une entreprise ne peut pas participer à la procédure si elle est inscrite dans l'un des registres. Cette décision ne revient donc pas aux acheteurs seuls.

À ce sujet, dans le droit de l'Union européenne, le considérant 102 de la directive 2014/24/UE indique que les États membres [...] devraient, en particulier, « être libres de décider s'il convient de permettre aux différents pouvoirs adjudicateurs de procéder aux évaluations pertinentes ou de confier cette tâche à d'autres autorités à un niveau central ou décentralisé ». Le droit de l'Union européenne laisse donc ouverte cette possibilité, dont la France ne s'est pas saisie dans le cadre de la loi Sapin 2.

**321. Un transfert possible du modèle d'intégrité en France.** Les directives européennes laissent une possibilité d'exclusion, mais elle repose grandement sur les acheteurs, qui y voient un risque trop grand de voir leur décision d'exclusion attaquée. Les systèmes d'intégrité au Canada et aux États-Unis font reposer cette responsabilité sur une autorité centralisée, avec des possibilités de recours contre cette exclusion pour les opérateurs économiques. Une procédure mêlant contrôle administratif, pénal et compliance est donc envisageable pour assurer l'exclusion des opérateurs condamnés pour corruption.

Ce modèle d'exclusion vise les opérateurs économiques. Nous présenterons maintenant des mesures développées pour prévenir la corruption au sein de l'administration. En effet, les opérateurs économiques répliqueront qu'ils peuvent avoir affaire, lors de la passation ou de l'exécution de marchés publics, à des fonctionnaires peu scrupuleux. Le modèle allemand de contrôle des procédures de passation et de gestion de la carrière des fonctionnaires peut amorcer une réflexion en ce sens.

#### **IV - La prévention de la corruption par le contrôle des procédures et des carrières des fonctionnaires : l'exemple allemand**

**322. La lutte contre la corruption dans les marchés publics comme moteur de la lutte anticorruption.** En Allemagne, la prévention de la corruption a eu notamment pour fondement la lutte contre les pratiques corruptives dans les marchés publics<sup>763</sup>. Les principales mesures se trouvent dans la directive anticorruption de 2004, le code de conduite anticorruption et les lignes directrices pour les superviseurs et responsables d'organismes

<sup>763</sup> Directive du gouvernement fédéral visant à prévenir la corruption dans l'administration fédérale du 30 juillet 2004 (*Bundesanzeiger* (Journal officiel allemand) n° 148, p. 17 745).

publics datant également de 2004. Nous soulignerons ces mesures, car elles ont fait l'objet d'une reconnaissance particulière du GRECO dans son rapport de 2020<sup>764</sup>. Elles concernent l'identification en amont des risques, la gestion de carrière des fonctionnaires, la surveillance des procédures de passation et des possibilités d'exclusion des marchés publics.

**323. Identification des risques en amont.** La stratégie allemande à l'échelle fédérale identifie les domaines et les emplois exposés de manière accrue au risque de corruption, mesurés à l'aide d'indicateurs<sup>765</sup>. Dans ce cadre, la passation des marchés publics est analysée comme particulièrement à risques. Ainsi, des mesures de surveillance des activités, de séparation des processus de passation des marchés publics, de formation et sensibilisation visent particulièrement les fonctionnaires fédéraux. Des mesures de rotation du personnel et des tâches sont également mises en œuvre.

**324. La gestion de la carrière des fonctionnaires.** La gestion de carrière des fonctionnaires peut être la source d'une accentuation du risque de corruption si cette gestion dépend fortement de leur hiérarchie<sup>766</sup>. Ainsi, les agents exerçant à des postes particulièrement exposés au risque de corruption ne peuvent exercer pour une durée excédant cinq années au même poste. La prolongation d'un même fonctionnaire à ce type de poste exige que les motifs de la prolongation soient consignés dans un dossier. De même, l'emploi de personnes extérieures à l'administration fait l'objet d'une réglementation particulière, et l'interdiction de participer à certaines missions, dont notamment la passation de marchés publics.

**325. Le contrôle des procédures de passation.** Les organes fédéraux doivent appliquer la séparation des trois phases du processus d'achat, à savoir la phase de préparation et de planification, l'achat proprement dit et la phase de facturation et de règlement. La procédure de passation normale est la procédure ouverte. Si le pouvoir adjudicateur opte pour une procédure autre que la procédure ouverte, la décision doit être documentée. De plus, si une activité est considérée comme vulnérable, des mesures d'atténuation des risques sont adoptées, par exemple la vérification des antécédents des employés nouvellement embauchés. De même, des contrôles des procédures peuvent être effectués. Par exemple, le ministère de l'Intérieur effectue régulièrement des contrôles des procédures de passation en cours, à la fois de manière aléatoire et sur la base de dénonciations de la part de dénonciateurs. Afin de maximiser l'efficacité de la surveillance, le ministère est habilité à accéder directement aux dossiers de passation de marchés sans avoir à en informer le pouvoir adjudicateur et sans être détecté par celui-ci.

<sup>764</sup> GRECO, *Rapport d'évaluation Allemagne. Cinquième cycle d'évaluation Prévention de la corruption et promotion de l'intégrité au sein des gouvernements centraux (hautes fonctions de l'exécutif) et des services répressifs*, 15 décembre 2020, p. 18, <https://rm.coe.int/cinquieme-cycle-d-evaluation-prevention-de-la-corruption-et-promotion-/1680a0b8d8>.

<sup>765</sup> B. LOHMANN, « La prévention de la corruption au niveau fédéral en Allemagne », in M. GUENOUN, J-F. ADRIAN, *L'Ethique de la gestion publique*, Institut de la gestion publique et du développement économique, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2016, p. 89-94.

<sup>766</sup> N. CHARRON, C. DAHLSTRÖM, M. FAZEKAS and V. LAPUENTE, « Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes », *op. cit.*

**326. Un régime d'exclusion possible.** En outre, certains États fédéraux conservent la trace des soumissionnaires qui ont été exclus des procédures de passation de marchés. Par exemple, un outil de suivi des risques de corruption est utilisé pour évaluer les risques de corruption d'une activité donnée, notamment les marchés publics.

## V - Les pactes d'intégrité : un outil original de prévention de la corruption impulsé et contrôlé par la société civile

**327. Un outil de prévention de la corruption dans les projets de grande ampleur.** Les pactes d'intégrité ont été développés comme outils spécialement dédiés à la lutte contre la corruption dans les marchés publics. En France, nous n'avons pas connaissance du déploiement d'une telle mesure. Ces pactes prennent la forme d'un accord entre l'organisme gouvernemental qui offre un contrat et les entreprises soumissionnaires, stipulant qu'ils n'auront pas recours à la corruption, à la collusion ou à d'autres pratiques de corruption dans le cadre du contrat. Pour garantir la responsabilisation, les pactes d'intégrité comprennent également un système de surveillance généralement dirigé par des groupes de la société civile. Le système de surveillance est assuré soit par Transparency International et ses sections nationales, soit par d'autres ONG. Il porte sur les processus d'appel à concurrence et de mise en œuvre du contrat. Il prévoit des sanctions en cas de violation du pacte d'intégrité.

**328. Un outil développé par la société civile.** Ils ont été développés par l'ONG *Transparency International*<sup>767</sup> et mis en œuvre notamment sous l'impulsion de la Commission Européenne<sup>768</sup> dans la distribution du FEADER en 2015<sup>769</sup>, et pour s'assurer de l'effectivité des aides débloquées pour faire face à la pandémie de Covid-19 en 2021<sup>770</sup>. Entre 2015 et 2021, Transparency International et d'autres ONG ont assuré le suivi de 18 pactes d'intégrité pour le compte de la Commission.

**329. Un outil contraignant.** Leur nature juridique est celle d'un contrat qui engage les parties, c'est un protocole d'accord. *Transparency International* souhaite laisser à chaque protocole le soin de déterminer le rôle de l'autorité responsable du marché et de l'ONG sur le contrôle du respect du contrat. Avant de soumissionner à l'appel à concurrence, chaque opérateur doit signer ce pacte. S'il refuse, il est exclu de la procédure. De plus, des exclusions

---

<sup>767</sup> Transparency International, *Le pacte d'intégrité, un outil puissant pour des marchés publics propres*, 2009. [https://www.transparency.org/files/content/tool/Pacte\\_dIntegrite\\_Brochure\\_FR.pdf](https://www.transparency.org/files/content/tool/Pacte_dIntegrite_Brochure_FR.pdf) (consulté le 20 décembre 2021).

<sup>768</sup> [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/en/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/](https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/) (consulté le 20 décembre 2021).

<sup>769</sup> [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/fr/newsroom/news/2015/03/19-03-2015-european-commission-and-transparency-international-join-forces-for-better-spending-of-eu-investments](https://ec.europa.eu/regional_policy/fr/newsroom/news/2015/03/19-03-2015-european-commission-and-transparency-international-join-forces-for-better-spending-of-eu-investments) (consulté le 20 décembre 2021).

<sup>770</sup> Transparency International, *Protéger les investissements financés par l'UE avec les pactes d'intégrité*, 2021. <https://transparency-france.org/actu/rapport-protger-les-investissements-finances-par-lue-avec-les-pactes-dintegrite/#.YcCgiehKhPY> (consulté le 20 décembre 2021).

de l'appel à concurrence peuvent être prononcées à l'encontre d'un opérateur économique, voir des contrats suivants, solution que les tribunaux ont validée<sup>771</sup>.

Des grands projets d'infrastructure ont vu le jour : l'aéroport de Berlin qui a vu la passation d'un pacte d'intégrité en 2004 ; la construction du tramway de Riga en 2017<sup>772</sup>, etc. Les pactes d'intégrité encouragés par la Commission européenne ont aussi reçu le soutien du G20 en 2019<sup>773</sup>.

**330. Conclusion.** L'identification des risques de corruption dans les contrats publics fait l'objet de multiples analyses à l'international. Ces risques peuvent être combattus par des sanctions pénales, administratives ou être combattus par des mécanismes de *compliance*. Les mesures de lutte contre la corruption reflètent donc la variété des dispositifs pour prévenir de tels actes. On constate cependant de fortes variations nationales dans l'existence et l'application de ces mesures, conséquence à la fois d'une diffusion d'une politique internationale de lutte contre la corruption et d'adaptations nationales. Les mesures que nous avons présentées ci-dessus peuvent conduire à envisager le transfert en droit français de différents mécanismes, qui pourrait être envisagé sous quatre thématiques :

- Un renforcement de l'autonomie de l'AFA par sa transformation en véritable autorité indépendante.
- L'instauration d'un registre national des opérateurs économiques exclus des marchés pour avoir été condamnés pour corruption et l'impossibilité pour eux de soumissionner à un contrat public pendant cinq années.
- Veiller à la carrière des fonctionnaires en charge des marchés publics en prêtant attention à des évolutions de carrière indépendantes de leur hiérarchie.
- Instaurer une incitation à adopter des pactes d'intégrité dans la réalisation de grands projets impliquant des contrats publics.

---

<sup>771</sup>Transparency International, *Pactes d'intégrité dans le secteur de l'eau. Guide de mise en œuvre pour les agents du gouvernement*, 2010. [http://www.waterintegritynetwork.net/wp-content/uploads/2015/03/WaterIntegrityPact\\_Manual\\_FR\\_2010\\_part1.pdf](http://www.waterintegritynetwork.net/wp-content/uploads/2015/03/WaterIntegrityPact_Manual_FR_2010_part1.pdf) (consulté le 20 décembre 2021).

<sup>772</sup> [https://ec.europa.eu/antifraud-knowledge-centre/library-good-practices-and-case-studies/good-practices/riga-tram-integrity-pact\\_fr](https://ec.europa.eu/antifraud-knowledge-centre/library-good-practices-and-case-studies/good-practices/riga-tram-integrity-pact_fr) (consulté le 20 décembre 2021).

<sup>773</sup> [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/en/newsroom/news/2019/07/07-10-2019-integrity-pacts-included-in-the-g20-compendium-of-good-practices-promoting-integrity-and-transparency-in-infrastructure-development](https://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/news/2019/07/07-10-2019-integrity-pacts-included-in-the-g20-compendium-of-good-practices-promoting-integrity-and-transparency-in-infrastructure-development) (consulté le 20 décembre 2021).

# Recommandations

## 331. Sommaire

### I – Étendre et préciser l’obligation de mise en place d’un dispositif de prévention de la corruption

A – Champ d’application matériel

1. *Acteurs publics*

2. *Acteurs économiques*

B – Soutien aux acteurs publics

### II – Renforcer l’effectivité de l’évaluation des tiers dans les contrats publics

A – Adaptation des règles de candidature

1. *L’évaluation du candidat auquel il est envisagé d’attribuer le contrat*

2. *Adaptation des motifs d’exclusions*

B – Création d’un standard d’évaluation

### I - Étendre et préciser l’obligation de mise en place d’un dispositif de prévention de la corruption

Le prisme des contrats publics a permis de révéler que la pertinence des dispositifs de prévention de la corruption se heurtait à une divergence de régimes entre les personnes publiques et les entreprises soumises à l’article 17 de la loi Sapin 2. Il semble en effet qu’en l’absence de dispositions législatives précises, la mise en place de référentiels anticorruption opérationnels et efficaces ne puisse se faire qu’à pas timides, particulièrement dans les collectivités territoriales, malgré les recommandations de l’AFA. Une réforme du champ d’application matériel apparaît donc nécessaire, comme un effort de soutien aux acteurs publics dans la mise en place de tels instruments.

#### A – Champ d’application matériel

Les recommandations ici formulées reprennent, en partie, celles contenues dans la proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption, présentée par le député Raphaël Gauvain, à plusieurs exceptions, dont l’une est notable : le maintien de l’Agence française anticorruption dans ses fonctions de conseil et contrôle des acteurs publics.

## 1. Acteurs publics

### EXPOSE DES MOTIFS

En l'état actuel du droit, la mise en place d'un dispositif anticorruption, s'agissant des acteurs publics, découle de l'article 3, 3° de la loi Sapin 2, lequel dispose :

« L'Agence française anticorruption [...]

*3° Contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Elle contrôle également le respect des mesures mentionnées au II de l'article 17.*

*Ces contrôles peuvent également être effectués à la demande du président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, du Premier ministre, des ministres ou, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, du représentant de l'État. Ils peuvent faire suite à un signalement transmis à l'agence par une association agréée dans les conditions prévues à l'article 2-23 du code de procédure pénale.*

*Ces contrôles donnent lieu à l'établissement de rapports transmis aux autorités qui en sont à l'initiative ainsi qu'aux représentants de l'entité contrôlée. Ils contiennent les observations de l'agence concernant la qualité du dispositif de prévention et de détection de la corruption mis en place au sein des entités contrôlées ainsi que des recommandations en vue de l'amélioration des procédures existantes »*

Afin de favoriser une mise en place plus rapide, plus efficace et plus sûre juridiquement des référentiels anticorruption auprès des acteurs publics, il apparaît nécessaire de **créer une disposition similaire à l'article 17 de la loi Sapin 2, contenant les adaptations nécessaires aux particularités des acteurs publics**. Cette disposition ménagera la possibilité au pouvoir réglementaire de fixer les **seuils à partir desquels les acteurs publics doivent mettre en place les différentes mesures**, sans toutefois modifier l'article 3, ceci afin de ménager la possibilité à l'AFA de procéder à des contrôles, sans sanction attachée, des plus petites entités. Il s'agit là d'une recommandation que l'on retrouve dans la proposition de loi Gauvain, dont certains éléments sont ici repris. Ainsi, tous les acteurs publics seraient astreints à la mise en place d'un dispositif de prévention de la corruption, mais des seuils dépendraient l'intensité de cette soumission. Ainsi, **les plus petites structures ne seraient astreintes qu'à déployer un plan anticorruption allégé, là où les plus grandes devraient développer l'ensemble des huit mesures**. Cependant, il apparaît utile de **maintenir l'AFA dans ses prérogatives de conseil et de contrôle aux acheteurs publics**, sans transférer ces compétences à la HATVP comme le fait la proposition de loi susmentionnée. En effet, si le transfert de ces compétences à la HATVP peut apparaître cohérent dans l'optique d'une rationalisation des compétences de l'autorité, elle ne semble pas pertinente au plan opérationnel, au moins pour deux raisons. La première raison

tient à la pertinence d'une réponse administrative unifiée face à la lutte contre la corruption et, notamment, à la publication de normes de droit souples communes et au contrôle et aux sanctions du non-respect des prescriptions législatives afférentes aux dispositifs anticorruption par une seule et même autorité. Ainsi, la diffusion d'une logique de conformité anticorruption serait facilitée par la cohérence de son encadrement administratif. La seconde tient en l'expertise acquise par l'Agence française anticorruption, laquelle se nourrit utilement de sa prise en charge concomitante des problématiques des acteurs publics et des acteurs économiques.

En tout état de cause, le choix de transférer cette compétence à la HATVP ne se justifie que par des considérations organiques, au détriment d'une logique fonctionnelle qui apparaît pourtant davantage pertinente en pratique.

Néanmoins, il ne s'agit pas d'assimiler totalement le régime juridique applicable aux acteurs publics à celui auquel sont assujetties les entreprises privées, en particulier sur la question des sanctions applicables en cas de non-respect de l'obligation de mise en place d'un dispositif anticorruption. Si une possible saisine de la commission des sanctions apparaît pertinente pour les acteurs publics, ces derniers ne sauraient utilement se voir infliger des sanctions pécuniaires dans un premier temps. **De ce point de vue, une sanction consistant en la publication du rapport sur le site de l'AFA – selon une logique de « Name and shame » pourrait s'avérer davantage opérationnelle. Néanmoins, il peut être envisagé que, dans un second temps et à la suite d'un contrôle de suivi opéré par l'Agence à la suite d'une première sanction, des sanctions financières puissent être prononcées à l'encontre d'acteurs publics persistant dans leur refus de mettre en place les mesures anticorruption.**

Une telle recommandation suppose d'abord un véhicule législatif (**Proposition n°1.**), puis des précisions d'ordre réglementaire (**Proposition n°2.**).

**Proposition n°1.** Les modifications recommandées porteraient exclusivement sur la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

**Tableau de comparaison des modifications recommandées**

VERSION EN VIGUEUR	VERSION RECOMMANDÉE (éléments supprimés barrés, éléments ajoutés en rouge et en gras)
<p><b>Article 2</b> [...] L'agence comprend une commission des sanctions chargée de prononcer les sanctions mentionnées au IV de l'article 17. [...]</p>	<p><b>Article 2</b> [...] L'agence comprend une commission des sanctions chargée de prononcer les sanctions mentionnées au IV de l'article 17 <b>et au IV de l'article 17-1.</b> [...]</p>

<b>Article 3</b> [...]	<b>Article 3</b> [...]
---------------------------	---------------------------

<p>3° Contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Elle contrôle également le respect des mesures mentionnées au II de l'article 17.</p> <p>Ces contrôles peuvent également être effectués à la demande du président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, du Premier ministre, des ministres ou, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, du représentant de l'État. Ils peuvent faire suite à un signalement transmis à l'agence par une association agréée dans les conditions prévues à l'article 2-23 du code de procédure pénale.</p> <p>Ces contrôles donnent lieu à l'établissement de rapports transmis aux autorités qui en sont à l'initiative ainsi qu'aux représentants de l'entité contrôlée. Ils contiennent les observations de l'agence concernant la qualité du dispositif de prévention et de détection de la corruption mis en place au sein des entités contrôlées ainsi que des recommandations en vue de l'amélioration des procédures existantes ;</p> <p>4° Exerce les attributions prévues à l'article 17 de la présente loi, à l'article 131-39-2 du Code pénal et aux articles 41-1-2 et 764-44 du code de procédure pénale ;</p> <p>[...]</p>	<p>3° Contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Elle contrôle également le respect des mesures mentionnées au II de l'article 17 <b>et au II de l'article 17-1.</b></p> <p>Ces contrôles peuvent également être effectués à la demande du président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, du Premier ministre, des ministres ou, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, <b>et sociétés d'économie mixte et sociétés publiques locales</b>, du représentant de l'État. Ils peuvent faire suite à un signalement transmis à l'agence par une association agréée dans les conditions prévues à l'article 2-23 du code de procédure pénale.</p> <p>Ces contrôles donnent lieu à l'établissement de rapports transmis aux autorités qui en sont à l'initiative ainsi qu'aux représentants de l'entité contrôlée. Ils contiennent les observations de l'agence concernant la qualité du dispositif de prévention et de détection de la corruption mis en place au sein des entités contrôlées ainsi que des recommandations en vue de l'amélioration des procédures existantes ;</p> <p>4° Exerce les attributions prévues à l'article 17 <b>aux articles 17 et 17-1</b> de la présente loi, à l'article 131-39-2 du Code pénal et aux articles 41-1-2 et 764-44 du code de procédure pénale ;</p> <p>[...]</p>
<p><b>Néant</b></p>	<p><b>Article 17-1</b></p> <p><b>I - Les responsables suivants des personnes morales de droit public ou privé exerçant une mission de service public autre qu'industrielle et commerciale sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de manquements au devoir de probité, de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues au II :</b></p> <p><b>1° Pour les administrations de l'État : les ministres, les présidents d'autorité publique ou administrative indépendante, ainsi que les titulaires d'emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, mentionnés sur une liste établie par décret en Conseil d'État ;</b></p> <p><b>2° Pour les établissements publics relevant de l'État dont le montant du total des dépenses du budget annuel exécuté est supérieur à un seuil fixé par décret</b></p>

	<p>en Conseil d'État : les présidents de conseil d'administration ou de surveillance, les directeurs généraux ou directeurs ;</p> <p>3° Pour les communes et leurs groupements dont le nombre d'habitants est supérieur à un seuil fixé par décret en Conseil d'État : les maires, présidents d'exécutif, les directeurs généraux des services ;</p> <p>4° Pour les départements, les régions, la collectivité de Corse, la métropole de Lyon, la collectivité européenne d'Alsace, les départements, régions et collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : les présidents d'exécutif, les directeurs généraux des services ;</p> <p>5° Pour les établissements publics relevant des collectivités territoriales dont le montant du total des dépenses du budget annuel exécuté est supérieur à un seuil fixé par décret en Conseil d'État : les présidents de conseil d'administration ou de surveillance, les directeurs généraux ou directeurs ;</p> <p>6° Pour les personnes morales de droit public et de droit privé chargées d'une mission de service public autre qu'industrielle et commerciale, y compris les organismes de sécurité sociale dont les montants du chiffre d'affaires hors taxes ou des ressources et du total du bilan sont respectivement supérieurs à des seuils fixés en décret en Conseil d'État : les présidents de conseil d'administration ou de surveillance, les directeurs généraux ou directeurs.</p> <p>II - Les personnes mentionnées au I mettent en œuvre une ou plusieurs des mesures et procédures suivantes :</p> <p>1° Un code de conduite rappelant les obligations déontologiques applicables et définissant et illustrant les différents types de comportement à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de manquement au devoir de probité, de corruption ou de trafic d'influence. Ce code de conduite est soumis, pour consultation, aux organes de représentation du personnel. Il est actualisé après chaque mise à jour de la cartographie des risques prévue au 3° ;</p> <p>2° Un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant du personnel et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite ou susceptibles de constituer des atteintes au devoir de probité ;</p> <p>3° Une cartographie des risques destinée à identifier, analyser et hiérarchiser l'ensemble des risques d'exposition de l'entité à des sollicitations externes aux fins de manquement au devoir de probité. Cette</p>
--	--

	<p>cartographie des risques prend la forme d'une documentation régulièrement actualisée ;</p> <p>4° Des procédures d'évaluation de l'intégrité des tiers avec lesquels l'entité envisage de conclure un contrat ou d'attribuer une subvention d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret en Conseil d'État ;</p> <p>5° L'intégration, par l'ordonnateur et ses services, le comptable public et ses services, les auditeurs internes, les services d'inspection et, le cas échéant des personnes en charge de la certification des comptes, de la maîtrise des risques de manquements au devoir de probité dans leurs dispositifs de contrôle comptable ;</p> <p>6° Un plan de sensibilisation de l'ensemble des personnels de l'entité et de formation des cadres et des autres personnes les plus exposées aux risques de manquements au devoir de probité ;</p> <p>7° Un régime disciplinaire permettant de sanctionner les personnels en cas de violation du code de conduite ou de toute atteinte à la probité, dans le respect des règles inhérentes à leur statut ;</p> <p>8° Un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.</p> <p>Un décret en Conseil d'État détermine, parmi les mesures et procédures prévues aux 1° à 8° du présent II, celles devant être mises en œuvre par chaque catégorie de personne morale de droit public ou privé, en fonction de la nature de l'entité et du niveau d'exposition de l'entité au risque de corruption ou d'atteinte à la probité auquel elle est exposée.</p> <p>III - L'Agence française anticorruption contrôle le respect des mesures et procédures mentionnées au II du présent article.</p> <p>Le contrôle est réalisé selon les modalités prévues à l'article 4. Il donne lieu à l'établissement d'un rapport transmis à l'autorité qui a demandé le contrôle et aux représentants de l'entité contrôlée.</p> <p>Le rapport contient les observations de l'agence sur la qualité du dispositif de prévention et de détection des manquements au devoir de probité, de corruption ou de trafic d'influence mis en place au sein de l'entité contrôlée ainsi que, le cas échéant, des recommandations en vue de l'amélioration des procédures existantes.</p> <p>IV - En cas de manquement constaté, et après avoir mis l'entité concernée en mesure de présenter ses observations, le magistrat qui dirige l'agence peut adresser un avertissement aux représentants de l'entité.</p>
--	--

	<p>Il peut saisir la commission des sanctions afin que soit enjoint à l'entité et à ses représentants d'adapter les procédures de conformité internes destinées à la prévention et à la détection des faits de manquement au devoir de probité, de corruption ou de trafic d'influence. Il peut également saisir la commission des sanctions afin que le rapport mentionné au III soit porté à la connaissance du public.</p> <p>Dans ce cas, il notifie les griefs aux représentants de l'entité mise en cause.</p> <p>V - La commission des sanctions peut enjoindre à l'entité d'adapter les mesures internes destinées à la prévention et à la détection des faits de manquement au devoir de probité, de corruption ou de trafic d'influence, selon les recommandations qu'elle leur adresse à cette fin, dans un délai qu'elle fixe et qui ne peut excéder trois ans. La commission des sanctions peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage du rapport mentionné au III ainsi que de sa propre décision ou d'un extrait de ceux-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par l'entité sanctionnée.</p> <p>La commission des sanctions statue par décision motivée. Aucune sanction ni injonction ne peut être prononcée sans que les représentants de l'entité n'aient été entendus ou, à défaut, dûment convoqués.</p> <p>Un décret en Conseil d'État précise les conditions de fonctionnement de la commission, notamment les conditions de récusation de ses membres.</p> <p>VI - L'action de l'Agence française anticorruption se prescrit par trois années révolues à compter du jour où le manquement a été constaté si, dans ce délai, il n'a été fait aucun acte tendant à la sanction de ce manquement.</p> <p>VII - Les recours formés contre les décisions de la commission des sanctions sont des recours de pleine juridiction.</p> <p>VIII - Le présent article entre en vigueur à une date prévue par décret en Conseil d'État.</p>
--	---

**Proposition n°2.** Les modifications ainsi proposées de la loi Sapin 2 supposent l'édiction d'un décret d'application. Ce texte devra comprendre deux parties.

Une première visant à apporter les modifications formelles nécessaires au décret n°2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption, afin de prendre en compte les modifications apportées à la loi Sapin 2. Il s'agira, simplement, d'intégrer des références au nouvel article 17-1.

Une seconde, plus décisive, aura pour objet de préciser les modalités d'application du nouvel article 17-1 sur les points suivants :

- Établir la liste des chefs de services d'administrations de l'État devant mettre en œuvre les mesures de l'article 17-1 ;
- Établir, pour les établissements publics de l'État, des collectivités territoriales, des autres personnes morales de droit public ou privé en charge d'une mission de service public non industriel ou commercial et des organismes de sécurité sociale, les seuils à partir desquels ces entités doivent mettre en œuvre les mesures de l'article 17-1 ;
- Fixer, pour les communes et leurs groupements, un seuil exprimé en nombre d'habitants à partir duquel elles doivent mettre en œuvre les mesures de l'article 17-1 ;
- Déterminer, par catégorie d'entité, lesquelles des mesures mentionnées au II de l'article 17-1 doivent être édictées ;
- Fixer le seuil à partir duquel les acteurs publics doivent évaluer les tiers dans le cadre de la conclusion d'un contrat ou de l'attribution d'une subvention.

Eu égard aux différents arbitrages devant être opérés, le décret devra faire l'objet d'une étude spécifique, voire d'une consultation. En tout état de cause, les données récoltées et analysées dans le présent rapport ne permettent pas d'apporter des solutions dont la pertinence sera certaine.

## 2. Acteurs économiques

### EXPOSE DES MOTIFS

Cette seconde recommandation vise à combler un vide laissé par la loi Sapin 2 et identifié par la proposition de loi Gauvain. Il s'agit, simplement, **d'étendre le champ d'application de l'article 17 aux petites filiales de sociétés mères étrangères qui excèdent les seuils d'applicabilité**. En effet, en l'état actuel du droit, seules les filiales de sociétés mères françaises dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros et dont l'effectif excède 500 salariés sont soumises à cette disposition.

**Proposition n°3.** Les modifications ici recommandées portent seulement sur l'article 17 de la loi Sapin 2, sans que des dispositions réglementaires n'aient à être édictées.

Tableau de comparaison des modifications recommandées

VERSION EN VIGUEUR	VERSION RECOMMANDÉE (éléments supprimés barrés, éléments ajoutés en rouge et en gras)
<p><b>Article 17</b> [...] Les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues au II. [...]</p>	<p><b>Article 17</b> [...] Les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés <del>dont la société mère a son siège social en France</del> et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues au II. [...]</p>

## B – Soutien aux acteurs publics

Bien entendu, il serait illusoire de croire que, s'agissant des personnes publiques, un tel texte puisse trouver un taux d'effectivité satisfaisant sans le concours d'une politique de soutien aux acteurs publics. Cette politique pourrait utilement prendre deux directions :

- **Une politique de formation nationale** : les enquêtes réalisées dans le présent rapport ont démontré les faiblesses structurelles de la formation des agents publics à la prévention de la corruption. Pourtant, le contexte y est favorable, notamment depuis les lois de 2013 et le renforcement continu des exigences de transparence et de déontologie. Dès lors, il apparaît nécessaire que les diverses parties prenantes à la formation des agents publics s'engagent dans une telle politique. Naturellement, l'AFA ne dispose pas des moyens adéquats pour satisfaire ces exigences. Mais elles pourraient utilement s'appuyer sur le CNFPT, étonnamment silencieux en la matière, ou encore les universités qui pourraient avoir un rôle à jouer.
- **Le déploiement d'une documentation appropriée** : dans la droite ligne des activités récentes de l'AFA, qui décline très actuellement ses recommandations, par secteur, mais encore mesure par mesure – avec encore tout récemment la publication d'une mise en consultation pour l'élaboration d'un guide pratique de l'enquête interne anticorruption<sup>774</sup> – il serait nécessaire de développer plus largement le soutien générique aux acteurs publics. Ainsi, sur le modèle du guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*, particulièrement apprécié des praticiens pour

<sup>774</sup> <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/guide-pratique-sur-lenquete-interne-anticorruption->



sa lisibilité et sa maniabilité, les documents suivants pourraient être élaborés, selon un processus participatif :

- **Une méthodologie appliquée de la cartographie des risques** : élément sans doute le plus fondamental de tout dispositif anticorruption digne de ce nom, la méthode d'élaboration d'une cartographie des risques ne fait pas partie des compétences transmises aux agents publics lors de leur formation initiale et, on l'a vu, s'agissant des agents territoriaux, le CNFPT ne propose pas de formation continue dédiée. Il serait alors utile que l'AFA produise une méthodologie pas-à-pas illustrée de la cartographie des risques, en s'adossant au modèle du guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public* ;
- **Une matrice standardisée de code de conduite** : on a vu que la pertinence d'un code de conduite était liée à son adaptation au contexte particulier de l'entité l'édictant, notamment au regard de son profil de risque. Néanmoins, il n'est pas déraisonnable de considérer que tout code de conduite peut obéir à des standards communs, non seulement en termes de structure, mais aussi de contenu. Cela permettrait, du reste, de faciliter son appropriation par les agents publics en situation de mobilité. Il pourrait être très opportun que l'AFA publie une matrice standard de code de conduite – éventuellement plusieurs en fonction des différentes catégories d'acteurs publics – à charge ensuite aux différents acteurs de les adapter pour prendre en considération leurs situations particulières (l'on peut notamment imaginer que cette matrice ménage un encart d'ouverture permettant à l'instance dirigeante de rédiger un édito matérialisant son engagement). Ici aussi, cette matrice pourrait opportunément être réalisée selon une logique de participation ;
- **Des guides opérationnels pour les autres mesures** : une fois ces deux documents réalisés, il serait utile de déployer une documentation s'agissant des autres mesures, en particulier celles qui apparaissent comme les moins évidentes à mettre en œuvre dans un contexte administratif : le dispositif d'alerte interne (ce guide pourrait être réalisé en collaboration avec la HATVP en fonction de la loi sur les lanceurs d'alerte qui devait être promulguée prochainement), les procédures de contrôle comptable (un partenariat avec plusieurs directions du ministère de l'Économie et des Finances pourrait ici être opportun, l'on songe notamment à la DAJ ou à la DGFIP) et les procédures de contrôle et d'audit interne. S'agissant de la procédure d'évaluation de l'intégrité des tiers, celle-ci fait l'objet de la seconde partie de ces recommandations.

## II - Renforcer l'effectivité de l'évaluation des tiers dans les contrats publics

Dans le cadre particulier des contrats publics, la procédure d'évaluation de l'intégrité des tiers revêt une importance décuplée puisque c'est précisément dans les situations relationnelles qu'elle trouve tout son intérêt. Or, l'enquête a clairement démontré les insuffisances en la matière, notamment induites d'une certaine inadaptation de la logique

inhérente à l'évaluation des tiers à celle propre à la commande publique, articulée autour des principes de liberté d'accès ou d'égalité de traitement des candidats.

Deux réflexions pourraient alors s'engager pour doper l'effectivité de l'évaluation des tiers et faire de cette mesure un véritable instrument de prévention de la corruption dans les contrats publics.

### A – Adaptation des règles de candidature

Il est tout à fait envisageable, d'abord d'imposer aux autorités contractantes d'évaluer le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le contrat, en le précisant dans la partie réglementaire du code (1.). Ensuite, il s'agirait d'adapter les dispositions relatives aux motifs d'exclusion, selon trois directions (2.). Premièrement, il s'agirait d'intégrer la jurisprudence *Département des Bouches-du-Rhône* dans le Code de la commande publique. Deuxièmement, il est envisagé d'ajouter un cas d'exclusion pour faute professionnelle grave en considérant comme telle le fait, pour une entreprise soumise aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2, de ne pas les avoir mises en œuvre. Troisièmement, une telle réforme serait l'occasion d'adapter le Code de la commande publique à la jurisprudence *Vert Marine* pour permettre la réhabilitation des personnes condamnées.

#### 1. L'évaluation du candidat auquel il est envisagé d'attribuer le contrat

##### EXPOSE DES MOTIFS

Afin d'accroître davantage l'effectivité de l'évaluation des tiers dans les contrats de la commande publique, il semble utile, au plan opérationnel, de rappeler aux autorités contractantes leur obligation issue de la première recommandation. Certes, une telle disposition peut apparaître comme surabondante. Mais elle consiste en réalité en une norme de concrétisation de l'article 17-1 recommandé, puisqu'elle adapte l'obligation d'évaluer les tiers aux particularités de la commande publique.

À cet effet, cette disposition pourrait opportunément être placée dans la partie réglementaire relative à la phase de candidature. Sur le champ d'application matériel de l'obligation, il semble utile de le limiter au seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le contrat, à la manière du champ d'application matériel des motifs d'exclusion et afin de ne pas trop alourdir la procédure.

**Naturellement, une telle évaluation, en ce qu'elle ne touche pas à des éléments relatifs à l'objet du contrat ou aux conditions de son exécution, ne peut avoir de conséquences sur l'appréciation de l'aptitude du candidat. Néanmoins, elle doit permettre, si elle révèle un risque, d'accroître la vigilance de l'autorité contractante vis-à-vis du futur attributaire, et peut aboutir à éclairer l'autorité contractante dans l'appréciation des motifs d'exclusion, ce qui sera précisé au point suivant.**

**Proposition n°4.** Cette proposition suppose d'ajouter une disposition réglementaire au Code de la commande publique, en créant un chapitre relatif aux motifs d'exclusions (actuellement,

les motifs d'exclusion font exclusivement l'objet de dispositions législatives) dans la partie relative aux marchés publics et la section correspondante dans la partie relative aux concessions.

**Tableau de comparaison des modifications recommandées**

VERSION EN VIGUEUR	VERSION RECOMMANDÉE (éléments supprimés barrés, éléments ajoutés en rouge et en gras)
Néant	<p><b>Chapitre I – Motifs d'exclusion</b></p> <p><b>Article R.2141-1</b>            Dans les conditions prévues à l'article 17-1, II de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, l'acheteur évalue l'intégrité du candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché.</p>
Néant	<p><b>Section III – Motifs d'exclusion</b></p> <p><b>Article R.3123-22</b>            Dans les conditions prévues à l'article 17-1, II de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, l'autorité concédante évalue l'intégrité du candidat auquel il est envisagé d'attribuer la concession.</p>

## 2. Adaptation des motifs d'exclusion

### EXPOSE DES MOTIFS

La lutte contre la corruption est déjà présente au rang des motifs d'exclusion, puisque les condamnations définitives pour l'ensemble des infractions entrant dans le champ définitionnel de la corruption constituent des exclusions de plein droit. Néanmoins, s'agissant de ces exclusions de plein droit, il faut préciser qu'il ne s'agit pas là de sanctions pénales à proprement parler (CC, 28 janv. 2022, n°2021-966 QPC), contrairement à la peine complémentaire d'interdiction de soumissionner. Dès lors, une personne condamnée qui n'aurait pas une fine connaissance du Code de la commande publique peut très bien ne pas savoir qu'elle se trouve dans un motif d'exclusion, les dispositifs des décisions du juge pénal ne le précisant pas. Par ailleurs, ainsi que l'a jugé le Conseil d'État dans une décision *Vert Marine* du 12 octobre 2020 après question préjudicielle posée à la Cour de justice, l'absence, dans le Code de la commande publique, de dispositions permettant à un opérateur économique condamné pour de tels faits de démontrer le rétablissement de sa fiabilité est contraire aux objectifs de la directive 2014/23.

En effet, le paragraphe 9 de son article 38 dispose : « *Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 4 et 7 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence du motif d'exclusion invoqué [...]* ». **Si la jurisprudence *Vert Marine* ne concerne que les concessions, nous ne voyons aucune raison de penser qu'elle ne s'étende pas aux marchés publics, l'article 57 de la directive 2014/24 prévoyant les concernant un dispositif analogue.**

En ce qui concerne les modalités de la preuve d'une fiabilité retrouvée, l'arrêt de la Cour de justice précise qu'il n'est pas contraire aux objectifs de la directive que la législation nationale prévoie qu'elle puisse faire l'objet d'une procédure spécifique devant l'autorité judiciaire, mais estime que les dispositions françaises sur la réhabilitation ou l'effacement d'une condamnation du casier judiciaire ne satisfont pas ces mêmes objectifs, au regard des conditions de leur octroi et, notamment, de leurs délais. Du reste, il ne semble pas opportun de faire peser sur les autorités contractantes la charge de vérifier, au cas par cas, si une entreprise condamnée définitivement est redevenue fiable avant l'échéance du délai de cinq ans. La jurisprudence *Vert Marine* aboutit, faute d'intervention contraire du législateur que les directives permettent pourtant (cf. considérant 102 de la directive 2014/24 par exemple), à faire peser sur les acheteurs une charge qu'ils ne peuvent raisonnablement assumer et à créer des situations potentiellement absurdes dans lesquelles tel acheteur estime que l'opérateur s'est auto-réhabilité, tel autre considérant l'inverse.

Dès lors, étant entendu que l'article 57 de la directive 2014/24 ne semble pas ménager la possibilité, pour les États membres, de faire de l'interdiction de soumissionner de plein droit des peines que pourraient choisir de prononcer, ou pas, les juridictions pénales condamnant des personnes pour des faits visés dans le même article, une seule solution paraît envisageable.

**Cette solution consisterait à maintenir l'état du droit s'agissant des dispositions du Code de la commande publique relatives aux motifs d'exclusion de plein droit pour des condamnations définitives, mais de prévoir qu'une autorité nationale serait en charge de recevoir les demandes de réhabilitation, de les instruire et d'accorder ou non à l'entreprise la possibilité de candidater de nouveau à des marchés publics.** Ici, la réhabilitation judiciaire n'est pas praticable puisque les interdictions de soumissionner ne seraient pas des peines autonomes.

Une solution intermédiaire serait de prévoir un mécanisme de saisine pour avis d'une instance nationale, comme c'est actuellement envisagé au Danemark (avis seulement consultatif).

Par ailleurs, un fichier national devrait être créé afin de référencer toutes les personnes qui font l'objet d'une telle interdiction de soumissionner liée aux condamnations pénales. Ce fichier devrait être hébergé par une administration de l'État, et pourrait être alimenté par les greffes des juridictions pénales qui devraient y importer les noms des personnes condamnées (avec la difficulté supplémentaire qu'il faudrait préciser aux greffes la liste des infractions mentionnée à l'article L2141-1 du Code de la commande publique puisque les dispositifs des décisions pénales ne mentionnent pas que la condamnation a pour conséquence une interdiction de soumissionner – une circulaire pourrait y pourvoir), mais il reviendrait à l'autorité spécifiquement

dédiée à la réhabilitation de supprimer les noms des personnes de nouveau autorisées à soumissionner. Ce fichier ne devrait être accessible qu'aux autorités contractantes.

Ensuite, il s'agit de **codifier la jurisprudence Département des Bouches-du-Rhône**. Pour rappel, cette décision interprète extensivement les dispositions du Code permettant à un acheteur d'exclure de la procédure de passation d'un marché public un opérateur économique qui aurait entrepris d'influer sur la décision d'attribution du marché. Ici, le Conseil d'État précise que ce motif peut aussi être invoqué s'agissant des personnes ayant entrepris d'influer sur l'attribution d'un ancien marché public, et pas seulement celui en cours de passation comme la rédaction du Code le laissait à penser. Cette jurisprudence a été confirmée par une décision du Conseil d'État du 24 mars 2022, Afin de préciser davantage le champ d'application temporel de ce motif d'exclusion, un délai raisonnable de trois ans pourrait être prévu au code.

**Proposition n°5.** S'agissant de la réforme des motifs d'exclusion de plein droit, un véhicule législatif et un décret sont nécessaires pour apporter les modifications recommandées.

• **Les modifications législatives nécessaires :**

- Insérer des articles L.2141-1-1 et L.3123-1-1 au Code de la commande publique prévoyant le dispositif de réhabilitation ;
- Désigner l'autorité nationale compétente (soit pour décider de la réhabilitation, soit pour donner un avis).

**MISE A JOUR :** La récente **loi n° 2023-171 du 9 mars 2023** portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture s'inscrit dans la continuité de la présente recommandation de la Chaire.

En effet, son article 15 modifie le Code de la commande publique afin de prévoir un dispositif de réhabilitation de sorte que la première recommandation ci-dessus devient sans-objet. En revanche, la deuxième recommandation ci-dessus nous paraît devoir être maintenue. Enfin, le 3° de l'article L. 3123-4 du Code de la commande publique conduisait à étendre l'exclusion des marchés publics prononcée par le juge pénal aux concessions, ce qui n'est donc plus le cas désormais à la suite d'une erreur de plume consécutive à un amendement parlementaire qui a supprimé cet alinéa. Il est donc proposé de réintroduire ce motif d'exclusion des concessions.

« **Article 15**

*Le code de la commande publique est ainsi modifié :*

[...]

4° *La section 1 du chapitre 1er du titre IV du livre 1er de la deuxième partie est complétée par un article L. 2141-6-1 ainsi rédigé :*

« **Art. L. 2141-6-1.** - *La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 2141-1, L. 2141-4 et L. 2141-5 **peut fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité**, notamment en établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des*

mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction pénale ou de la faute.

« Si l'acheteur estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation de marché.

« Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du code pénal ne peut se prévaloir des deux premiers alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive. » ;

5° L'article L. 2141-11 est ainsi rédigé :

« **Art. L. 2141-11.- L'acheteur qui envisage d'exclure une personne en application de la présente section doit la mettre à même de fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité** et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

« La personne établit notamment qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation des manquements précédemment énoncés, qu'elle a clarifié totalement les faits et les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir toute nouvelle situation mentionnée aux articles L. 2141-7 à L. 2141-10. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières attachées à ces situations.

« Si l'acheteur estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation de marché. » ;

8° La sous-section 1 de la section 1 du chapitre III du titre II du livre Ier de la troisième partie est complétée par un article L. 3123-6-1 ainsi rédigé :

« **Art. L. 3123-6-1.- La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 3123-1, L. 3123-4 et L. 3123-5 peut fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité**, notamment en établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction pénale ou de la faute.

« Si l'autorité concédante estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation du contrat de concession.

« Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du code pénal ne peut se prévaloir des deux premiers alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive. » ;

9° L'article L. 3123-11 est ainsi rédigé :

« **Art. L. 3123-11.- L'autorité concédante qui envisage d'exclure une personne en application de la présente sous-section doit la mettre à même de fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité** et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

« La personne établit notamment qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation des manquements précédemment énoncés, qu'elle a clarifié totalement les faits et les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir toute nouvelle situation mentionnée aux articles L. 3123-7 à

L. 3123-10. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières attachées à ces situations.

« Si l'autorité concédante estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation du contrat de concession. » ;

10° L'article L. 3123-12 est complété par trois alinéas ainsi rédigés :

« La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés au premier alinéa du présent article, à l'exception de ceux mentionnés aux articles L. 3123-2 et L. 3123-3, peut fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité, notamment en établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir toute nouvelle situation mentionnée au premier alinéa du présent article. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières attachées à ces situations.

« Si l'autorité concédante estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation du contrat de concession.

« Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du code pénal ne peut se prévaloir des deuxième et troisième alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive. » ;

[...] »

• **Le contenu du décret d'application :**

- Création d'un Fichier National des Personnes Interdites de Candidater aux Contrats de la Commande Publique (FNPICCP) ;
- Préciser les modalités d'hébergement du fichier : au plan organique notamment ;
- Préciser les modalités d'accès au fichier : réservé aux autorités contractantes ;
- Préciser qui peut alimenter le fichier.

**Proposition n°6.** Pour la codification de la jurisprudence *Département des Bouches-du-Rhône*, une modification des dispositions législatives relatives à l'exclusion facultative visant les personnes ayant influé ou tenté d'influer une procédure est nécessaire. Elle pourrait être rédigée comme suit :

**Tableau de comparaison des modifications recommandées**

VERSION EN VIGUEUR	VERSION RECOMMANDÉE (éléments supprimés barrés, éléments ajoutés en rouge et en gras)
<b>Article L.2141-8</b>	<b>Article L.2141-8</b>
<b>Article L.2141-8</b> L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui : 1° Soit ont entrepris d'influer	<b>Article L.2141-8</b> L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui : 1° Soit ont entrepris d'influer

<p>indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ; [...]</p>	<p>indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché <b>ou d'une précédente procédure dont l'avis d'appel à la concurrence a été publié dans les trois années précédant la procédure du marché</b>, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ; [...]</p>
<p><b>Article L.3123-8</b> L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'autorité concédante ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution. [...]</p>	<p><b>Article L.3123-8</b> L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'autorité concédante ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession <b>ou d'une précédente procédure dont l'avis d'appel à la concurrence a été publié dans les trois années précédant la procédure du contrat de concession</b>, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution. [...]</p>

## B – Création d'un standard d'évaluation

Terminons par le chantier le plus lourd, sans doute le plus important d'un point de vue opérationnel : **la création d'un standard d'évaluation des tiers, dont l'architecture serait commune aux acteurs publics et privés**. Il ne nous revient pas, ici, de proposer un tel standard. Celui-ci devra opérer de tels arbitrages qu'il est fondamental que son élaboration se passe sous l'égide de l'AFA et en concertation avec les différentes parties prenantes : acteurs publics, acteurs privés, conseils et entreprises ayant déjà tenté de développer de tels standards.

**Proposition n°7.** Pour ce faire, deux logiques peuvent être envisagées :

- **Une logique centralisée** : cette logique consisterait à créer un portail sur le site de l'AFA permettant aux entreprises et aux personnes publiques de consulter l'intégrité de leurs contractants. Une telle méthode supposerait donc que les acteurs répondent à un questionnaire déclaratif sur ce portail et que, par ailleurs, le portail contienne une base de données recensant, notamment, les condamnations pénales pour des faits de corruption. Le questionnaire serait adaptatif, afin de prendre en compte les particularités inhérentes à chaque catégorie d'acteur. Il devrait être assez ramassé, mais comporter des questions suffisamment précises et réfléchies sur la mise en place d'un dispositif anticorruption dans l'entité pour permettre d'évaluer qu'il ne comporte pas de déclarations fausses – à la manière d'un questionnaire « de douanier ». L'ensemble de ces éléments devrait permettre très simplement, éventuellement par le biais d'un algorithme, d'évaluer le niveau de risque de l'entité.

Naturellement, l'adhésion d'une entité sur ce portail ne doit pas constituer une obligation et en l'absence d'une entité sur le portail, il devrait toujours être possible de la sonder directe.

- **Une logique décentralisée** : moins lourde à mettre en place pour l'AFA, mais suscitant plus de travail pour les différentes entités, la logique décentralisée consiste à établir un questionnaire commun et adaptatif publié sur le site de l'AFA. Celui-ci emprunterait les mêmes traits que celui décrit précédemment, mais il reviendra ici aux différents acteurs de transmettre ce questionnaire aux tiers et d'en analyser directement les réponses.

# Bibliographie

## I - Ouvrages, monographies et thèses

### M. AGATOR

- *État de l'art. La corruption vue par les sciences humaines et sociales*, Mission de recherche Droit & Justice, 2021, p. 11.

### A. BAVITOT

- *La probité publique en droit pénal*, PUAM, coll. « Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles », Aix-Marseille, 2018.

### J. BENTHAM

- *Déontologie ou science de la morale*, Charpentier, Paris, 1834.

### J.-M. BRIGANT

- *Contribution à l'étude de la probité*, PUAM, coll. « Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles », Aix-Marseille, 2012.

### R. BRUN

- *L'audit interne dans les collectivités territoriales – Enjeux, acteurs et stratégies*, Territorial Éditions, Paris, 2019.

### D. CATTEAU

- *La LOLF et la modernisation de la gestion publique. La performance, fondement d'un droit public financier rénové*, Dalloz, coll. « Bibl. parlementaire et constitutionnelle », Paris, 2007.

### F. CHATEURAYNAUD

- et D. TORNÉ, *Les sombres précurseurs : une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, EHESS, Paris, 1999.

### CICERON

- *De la République. Des lois*, trad. C. APPUHN, GF Flammarion, Paris, 1965.

### S. DAMAREY

- *Droit public financier*, Dalloz, coll. « Précis », 2018.

**F. FAROUZ-CHOPIN**

- *La lutte contre la corruption*, Presses universitaires du Septentrion, Paris, 2000.

**M.-A. FRISON-ROCHE [dir.]**

- *Régulation, supervision, compliance*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2017.

**M. GRAWITZ**

- *Méthodes des sciences sociales*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 1993, p. 573.

**J.-F. KERLEO**

- *La déontologie politique*, LGDJ, coll. « Systèmes », Paris, 2021.

**P. LASCOUMES**

- *Favoritisme et corruption à la française – petits arrangements avec la probité*, Les Presses de Sciences po, Paris, 2010.

**F. LOMBARD**

- *La cause dans les contrats administratifs*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 77, Paris, 2008.

**MONTESQUIEU**

- *De l'Esprit des lois*, GF Flammarion, Paris, 2019.

**C. PREBISSY-SCHNALL**

- *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 223, Paris, 2002.

**G. M. RACCA**

- et C. R. YUKINS, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit administratif, 2015.

**D. TORNAY**

- et F. CHATEAURAYNAUD, *Les sombres précurseurs : une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, EHESS, Paris, 1999.

**C. R. YUKINS**

- et G. M. RACCA, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit administratif, 2015.

## II - Articles de doctrine

### L. D'AMBROSIO

- « L'implication des acteurs privés dans la lutte anticorruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *RSC*, 2019, p. 205.

### V. ARMILLEI

- et P. LAGESSE, « Le statut du lanceur d'alerte. État des lieux et proposition de directive européenne », *RICEA*, 2019, n°2, p. 17.

### M. BARRAU

- « Un instrument de lutte contre la corruption : le SCPC », *AJ Pénal*, 2006, p. 202.

### J. BASSERES

- « Le contrôle hiérarchisé de la dépense », *RFFP*, 2005, n°89, p. 155.

### I. BEGUIN

- F. CAYLA, S. DYENS et S. PINTRE, « Les lanceurs d'alerte dans les collectivités territoriales », *JCP A*, 2017, n°14, 2092.

### A. BEGUM

- “Corruption in business: A critical appraisal of the Australian regulatory regime in the light of the UK Bribery Act 2010”, *Journal of Financial Crime*, 2020, vol. 27, n°3, p. 735.

### L. BENAICHE

- et L. ROMANET, « Élus et agents face au risque pénal – Corruption et collectivités : les recommandations du service central de prévention de la corruption », *AJCT*, 2014, p. 544.

### J. BENETTI

- « Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique », *AJDA*, 2014, p. 157.

### O. BENOIT

- « Les chambres régionales des comptes face aux élus locaux, les effets inattendus d'une institution », *RFSP*, 2003, Vol. 53, p. 537.

### A. BEN RHOUMA

- P. KOLEVA et S. SCHALTEGGER, « RSE, management responsable et isomorphisme institutionnel : une analyse à partir des résultats d'une enquête internationale », *Management international*, 2018, n°3, vol. 22, p. 65.

**J. BENTHAM**

- « Ce que c'est que la Déontologie. Pourquoi cette dénomination a été adoptée », *Cahiers Portalis*, 2019, n°6, p. 51.

**H. BERION**

- N. LENOIR et A. DILL, « Alerte professionnelle et protection des données personnelles », *JCP G*, 2018, n°19-20, p. 947.

**T. BOCCON-GIBOD**

- « De la corruption des régimes à la confusion des intérêts : pour une histoire politique de la corruption », *RFAP*, 2020, n°3, p. 615.

**P. BONIFACE**

- « La lutte contre la corruption, nouveau paradigme des relations internationales », *Revue internationale et stratégique*, 2016, n°1, vol. 101, p. 75.

**X. BOUCOBZA**

- et Y.-M. SERINET, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.*, 2017, p. 1619.

**H. BOULLANGER**

- « Le point sur l'audit interne dans le secteur public », *RFAP*, 2013, n°148, p. 1029.

**M.-E. BOURSIER**

- « Qu'est-ce que la *compliance* ? Essai de définition », *D.*, 2020, p. 1419.

**M. BOUVARD**

- « Le concept de corruption : un besoin de clarification », *RFFP*, 2019, n°147, p. 13.

**L.-A. BOUVIER**

- « La conception de la corruption dans le droit pénal », *RFFP*, 2019, n°47, p. 15.

**M. BOUVIER**

- « La révision générale des politiques publiques et la métamorphose de l'État », *AJDA*, 2008, p. 329.

**E. BREEN**

- « La "*compliance*", une privatisation de la régulation ? », *Rev. sc. crim. et dr. pén. comparé*, 2019, n°2, p. 327.

**P. CADIEU**

- « La commande publique entre pénalisation et responsabilisation », *RLCT*, 2009, n°51.

**Y. CAPPOZ**

- et P.-C. PUPION, « Le *New public management* », *Gestion et management public*, 2012, n°2, p. 1.

**J. CARTIER-BRESSON**

- « L'analyse des coûts économiques de la corruption », *RFFP*, 2000, n°69, p. 19.

**F. CAYLA**

- I. BEGUIN, S. DYENS et S. PINTRE, « Les lanceurs d'alerte dans les collectivités territoriales », *JCP A*, 2017, n°14, 2092.

**M. CHAMBON**

- « La *compliance* dans le secteur public à la lumière de l'Agence Française Anticorruption », *RICEA*, 2018, n°5, étude 154.

**C. CHAPUIS**

- « Dispositif d'alerte dans les entreprises : une mise en œuvre qui soulève des question », *D. actu*, 9 nov. 2016.

**N. CHARRON**

- C. DAHLSTRÖM, M. Y. FAZEKAS and V. LAPUENTE, « Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes », *The Journal of Politics*, 2017, vol. 79/January, <http://dx.doi.org/10.1086/687209>.

**J.-L. CHARTIER**

- « Les collectivités et la corruption », *RFFP*, 2000, n°69, p. 79.

**L. CHIFFLET**

- A. HAZIZA et A. LEPRINCE, « Recommandations de l'AFA : une clarification bienvenue pour les acteurs publics », *RICEA*, 2021, n°2, comm. 88.

**C. COLLARD**

- « Nul n'est censé ignorer la *compliance* : les collectivités territoriales et la conformité », *AJCT*, 2018, p. 482.

**C. CUTAJAR**

- « La France et la lutte contre les atteintes à la probité. Peut (beaucoup) mieux faire ! », *JCP G*, 2014, n°8, 223.

**C. DAHLSTRÖM**

- N. CHARRON, M. Y. FAZEKAS and V. LAPUENTE, « Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes », *The Journal of Politics*, 2017, vol. 79/January, <http://dx.doi.org/10.1086/687209>.

**S. DAMAREY**

- « Chambre régionale des comptes : quelle efficacité du contrôle de la gestion ? », *BJCL*, 2013, p. 729.

**A. DAMOUR**

- et B. GRAULLE, « Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public », *CDE*, 2021, n°1, dossier 3.

**E. DAOUD**

- et G. PERONNE, « Loi Sapin II, Loi Vigilance et RGPD. Pour une approche décloisonnée de la *compliance* », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 584.

**J. DDAMULIRA MUJUZI**

- « Public procurement, foreign convictions and the Canadian ineligibility and suspension policy of the integrity regime: some of the issues to grapple with », *Public Procurement Law Review*, 2017, n°3, p. 81.

**P. DESCHEEMAER**

- « Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées : les principales dispositions du *Sarbanes-Oxley Act of 2002* », *Bull. Joly Sociétés*, 2003, p. 5.

**L. DERBOULLES**

- « Le droit à la formation des agents territoriaux », *AJCT*, 2018, p. 184.

**I. DESBARATS**

- « Alertes, codes et chartes éthiques à l'épreuve du droit français », *D.*, 2010, p. 548.

**L. DE SOUSA**

- “Anti-corruption Agencies: Between Empowerment and Irrelevance”, *EUI Working Papers, RSCAS*, 2009/08.
- “Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance”, *Crime, Law and Social Change*, 2010, vol. 53, p. 5.

**P. DEUMIER**

- « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD Civ.*, 2009, p. 77.

**A. DILL**

- N. LENOIR et H. BERION, « Alerte professionnelle et protection des données personnelles », *JCP G*, 2018, n°19-20, p. 947.

**F. DI MASCIO**

- M. MAGGETTI et A. NATALINI, « Exploring the Dynamics of Delegation Over Time: Insights from Italian Anti-Corruption Agencies (2003–2016) », *Policy Studies Journal*, vol. 48, Issue 2, p. 367.

**R. DOSIERE**

- « Propositions pour limiter les formes de corruption existantes dans le champ des finances locales », *RFFP*, 2019, n°147, p. 97.

**S. DOS SANTOS**

- B. GRAULLE et S. HASNAOUI-DUFRENNE, « Les contrôles de l'Agence française anticorruption. Contours du droit de communication de ses agents », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2021, n°1, dossier 4.

**É. DOUAT**

- « La Chambre régionale des comptes de la loi du 2 mars 1982 à celle du 29 janvier 1993. De la décentralisation à la lutte contre la corruption », *JCP G*, 1993, n° 45, doctr. 3716.

**F. DREYFUS**

- « La corruption : d'un impensé politique à une politique normative », *RFAP*, 2020, n°3, p. 609.
- « Les citoyens face à la corruption : acteurs moraux ou tolérants ? », *RFAP*, 2020, n°3, p. 707.

**G. DROUOT**

- « La loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », *D.*, 1993, p. 153.

**P. DUFOURCQ**

- « Renforcement de la lutte contre la corruption : proposition de loi Gauvain déposée », *Dalloz Actualité*, 27 octobre 2021.

**S. DYENS**

- « La nécessité de dresser une cartographie des risques juridiques », *AJCT*, 2012, p. 131.
- « La déontologie du fonctionnaire et l'alerte éthique sont-elles compatibles », *AJCT*, 2012, p. 557.

- I. BEGUIN, F. CAYLA et S. PINTRE, « Les lanceurs d’alerte dans les collectivités territoriales », *JCP A*, 2017, n°14, 2092.

**M. Y. FAZEKAS**

- N. CHARRON, C. DAHLSTRÖM, and V. LAPUENTE, « Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes », *The Journal of Politics*, 2017, vol. 79/January, <http://dx.doi.org/10.1086/687209>.

**W. FEUGERE**

- et P. VILLENEUVE, « De l’impératif de prévention à la nécessaire *compliance* en matière d’achats publics », *AJCT*, 2020, p. 514.

**A. FLEURIOT**

- et S. SCEMLA, « Les nouvelles recommandations de l’AFA alourdissent les obligations des établissements de crédit en matière de conformité », *Rev. droit bancaire et financier*, 2021, n°4, 12.

**J.-P. FOEGLE**

- et S. PRINGAULT, « Les “lanceurs d’alerte” dans la fonction publique », *AJDA*, 2014, p. 2256.

**I. DE FRANQUEVILLE**

- « Audit et contrôle internes dans le secteur public », in R. HOLCMAN [dir.], *Management public*, Dunod, Paris, 2014, p. 223.

**M.-A. FRISON-ROCHE**

- « Le droit de la *compliance* », *D.*, 2016, p. 1871.
- « Le droit de la *compliance* au-delà du droit de la régulation », *D.*, 2018, p. 1561.
- « Théorie juridique de la cartographie juridique », *D.*, 2019, p. 2432.

**C. GARZON**

- et T. HAFSI, « L’évaluation des stratégies de lutte contre la corruption », *Revue française de gestion*, vol. 175, n°6, 2007, p. 61.

**A. GAUDEMET**

- « Qu’est-ce que la *compliance* ? », *Commentaire*, 2019, n°1, p. 109.

**Y. GAUDEMET**

- « La déontologie, un pouvoir masqué », *RDP*, 2021, p. 895.

**A. GAUSTAD**

- et M.-A. NICOLAS, « Les premiers rapports de contrôle de l’AFA. La révolution préventive se confirme : impossible ne saurait être français », *RICEA*, 2018, n°39, p. 20.

**C. GAUTHIER**

- S. JACOB, J. LAWAREE, A. RHEAUME, et G. TURMEL, « Les facteurs de risque dans la gouvernance des grands projets d’infrastructure publique : revue de portée de la littérature », *Éthique publique* [En ligne], 2021, vol. 23, n°1.

**M.-J. GOMEZ-MUSTEL**

- et R. DE QUENAUDON, « Un “code de conduite des affaires” en quête de statut juridique », *RTD*, 2009, p. 311.

**B. GRAULLE**

- et A. DAMOUR, « Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l’achat public », *CDE*, 2021, n°1, dossier 3.
- S. DOS SANTOS et S. HASNAOUI-DUFRENNE, « Les contrôles de l’Agence française anticorruption. Contours du droit de communication de ses agents », *Cahiers de droit de l’entreprise*, 2021, n°1, dossier 4.

**M. GUIBAL**

- « Commentaire de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique », *AJDA*, 1993, p. 186.

**H. HABCHI**

- et L. PICHOT-DELAHAYE, « Quelle responsabilité des élus locaux devant la CDBF », *JCP A*, 2018, n°24, 2182.

**A. HACQUET**

- « Le statut de l’élu local en filigrane », *AJDA*, 2015, p. 1210.

**T. HAFSI**

- et C. GARZON, « L’évaluation des stratégies de lutte contre la corruption », *Revue française de gestion*, vol. 175, n°6, 2007, p. 61.

**H. K. HANSEN**

- “Managing corruption risks”, *Review of International Political Economy*, 2011, 18/2, p. 251.

**S. HASNAOUI-DUFRENNE**

- B. GRAULLE et S. DOS SANTOS, « Les contrôles de l'Agence française anticorruption. Contours du droit de communication de ses agents », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2021, n°1, dossier 4.

**S. HAWLEY**

- « What makes a good debarment regime? Keeping corrupt and fraudulent companies out of post-Brexit public procurement », *Public Procurement Law Review*, 2021, n°3, p.124.

**A. HAZIZA**

- A. LEPRINCE et L. CHIFFLET, « Recommandations de l'AFA : une clarification bienvenue pour les acteurs publics », *RICEA*, 2021, n°2, comm. 88.

**J. HEINICH**

- « Loi Sapin 2 : création d'une obligation de vigilance anticorruption dans les grandes sociétés et groupes de sociétés », *Dr. des sociétés*, 2017, n°2, comm. 26.

**S.-P. HEMLE DJOB SOTONG**

- « L'importance du régime d'intégrité en matière de contrats publics », *Éthique publique* [En ligne], vol. 23, n° 1, 2021.

**É. HOULETTE**

- « Clarifier le concept de corruption », *RFFP*, 2019, n°147, p. 27.

**S. JACOB**

- J. LAWAREE, A. RHEAUME, C. GAUTHIER et G. TURMEL, « Les facteurs de risque dans la gouvernance des grands projets d'infrastructure publique : revue de portée de la littérature », *Éthique publique* [En ligne], 2021, vol. 23, n°1.

**S. JARRY**

- « Le rôle de l'agence française anticorruption dans l'appropriation de la conformité anticorruption des collectivités territoriales », *AJCT*, 2018, p. 485.

**R. JAUNE**

- « Règles pénales et administratives de la lutte anticorruption : l'influence des normes étrangères et internationales », *RFAP*, 2020, n°3, vol. 175, p. 645.

**D. JEAN-PIERRE**

- « La nouvelle déontologie de la fonction publique : du décologue au catalogue », *JCP A*, 2016, n°24, p. 16.

**F. JOURDAN**

- « *Compliance* dans les collectivités : l'Agence française anticorruption pointe l'insuffisance des dispositifs en place », *JCP A*, 2019, n°6, 2042.
- « La prévention de la corruption dans les marchés publics a son mode d'emploi », *JCP A*, 2020, art. 425.
- « Contrôles de l'AFA dans les collectivités : comment s'y préparer ? », *JCP A*, 2020, n°10, 2037.

**M. KANIA**

- et C. YUKINS, « Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement », *GWU Law School Public Law Research Paper*, n°2019-39.

**J.-F. KERLEO**

- « Réformes de la prise illégale d'intérêts : l'alignement du droit pénal sur le droit administratif », *JCP A*, 2021, n°7, 2058.

**B. KOEBEL**

- « Open data et marchés publics : l'heure de la transparence », *JCP A*, 2018, n°46, 2312.
- « Prévention, détection et répression des atteintes à la probité », *CMP*, 2020, n°8-9, comm. 247.

**P. KOLEVA**

- BEN RHOUMA et S. SCHALTEGGER, « RSE, management responsable et isomorphisme institutionnel : une analyse à partir des résultats d'une enquête internationale », *Management international*, 2018, n°3, vol. 22, p. 65.

**K. KOOMIN**

- et C.-H. PARK, « L'administration électronique, un outil de lutte contre la corruption : analyse internationale sur données de panel », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2020, n°4, p. 723.

**H. KRAUSE**

- et M. H. TANG-JENSEN, "Making up corruption control: Conducting due diligence in a Danish law firm", *Ephemeris*, 2015, n°2, vol. 15, p. 370.

**P. LAGESSE**

- et V. ARMILLEI, « Le statut du lanceur d'alerte. État des lieux et proposition de directive européenne », *RICEA*, 2019, n°2, p. 17.

**T. LALOUM**

- et Ph. TERNEYRE, « Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique ! », *CMP*, 2021, n°7, étude 5.

**D. LAMARQUE**

- et G. MILLER, « Les chambres régionales des comptes et le juge judiciaire », *AJDA*, 2000, p. 513.

**V. LAPUENTE**

- N. CHARRON, C. DAHLSTRÖM and M. Y. FAZEKAS, « Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes », *The Journal of Politics*, 2017, vol. 79/January, <http://dx.doi.org/10.1086/687209>.

**P. LASCOUMES**

- et J.-P. LE BOURHIS, « Des « passe-droits » aux passes du droit. La mise en œuvre socio-juridique de l'action publique », *Droit et société*, n°32, 1996, p 51.

**J. LASSERRE CAPDEVILLE**

- « Rapport annuel du SCPC pour l'année 2015 : focus sur la responsabilité pénale des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux », *AJCT*, 2017, p. 147.
- « Délit de favoritisme et collectivités territoriales : présentation et illustrations récentes », *AJCT*, 2019, p. 229.

**N. LAVAL-MADER**

- « Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale », *RFDA*, 2012, p. 707.

**J. LAVEISSIERE**

- « Le mouvement de "pénalisation" de l'action locale », *Petites affiches*, 1999, n°75, p. 14.

**J. LAWAREE**

- S. JACOB, A. RHEAUME, C. GAUTHIER et G. TURMEL, « Les facteurs de risque dans la gouvernance des grands projets d'infrastructure publique : revue de portée de la littérature », *Éthique publique* [En ligne], 2021, vol. 23, n°1.

**J.-P. LE BOURHIS**

- et P. LASCOUMES, « Des « passe-droits » aux passes du droit. La mise en œuvre socio-juridique de l'action publique », *Droit et société*, n°32, 1996, pp. 51-73.

**P. LE FEVRE**

- « Les nouvelles obligations anticorruption pesant sur les grandes entreprises : un bouleversement à la fois pratique et culturel », *D.*, 2017, p. 1055.

**P. LE LIDEC**

- « Le pouvoir sans la responsabilité. Le statut de l'évaluation dans la nouvelle étape de la décentralisation », *Informations sociales*, 2005, n°121, p. 56.

**N. LENOIR**

- A. DILL et H. BERION, « Alerte professionnelle et protection des données personnelles », *JCP G*, 2018, n°19-20, p. 947.

**A. LEPRINCE**

- A. HAZIZA et L. CHIFFLET, « Recommandations de l'AFA : une clarification bienvenue pour les acteurs publics », *RICEA*, 2021, n°2, comm. 88.

**L. LEVOYER**

- « Le contrôle interne budgétaire », *RFDA*, 2018, p. 783.

**F. LICHÈRE**

- « La déontologie et l'attribution des contrats publics », *JCP A*, 2020, n°47, 2304.
- « Motifs d'exclusion des marchés publics et des concessions », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, EFE.
- « La loi du 22 août 2021 et la commande publique », *AJDA*, 2022, p. 142.

**F. LINDITCH**

- « Nouveau guide de l'achat public : maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat », *CMP*, 2020, n°10, alerte 37.

**F. LLORENS**

- et Ph. TERNEYRE, « Passation des marchés publics et prévention de la corruption », *RDI*, 1993, p. 209.

**D. LOCHAK**

- « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA*, 2014, p. 2236.

**B. LOHMANN**

- « La prévention de la corruption au niveau fédéral en Allemagne », in M. GUENOUN, J-F. ADRIAN, *L'Éthique de la gestion publique*, Institut de la gestion publique et du développement économique, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2016, p. 89.

**Ph. LUPPI**

- « La pénalisation de la vie financière locale », *RFFP*, 2012, n°119, p. 71.

**M. MAGGETTI**

- F. DI MASCIO et A. NATALINI, « Exploring the Dynamics of Delegation Over Time: Insights from Italian Anti-Corruption Agencies (2003–2016) », *Policy Studies Journal*, vol. 48, Issue 2, p. 367.

**B. G. MATTARELLA**

- “The Italian efforts on anti-corruption”, in G. M. RACCA, C.R. YUKINS, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 61.

**A. MATTERA**

- « La politique communautaire des marchés publics : nécessité ou souci de perfectionnisme ? », *Rev. marché unique européen*, 1996, n°4, p. 9.

**N.-M. MEYER**

- « Alerte éthique et fonction publique : la fin d’un malentendu français ? », *Rev. des juristes de Sciences Po*, 2014, n°9, p. 159.

**G. MILLER**

- et D. LAMARQUE, « Les chambres régionales des comptes et le juge judiciaire », *AJDA*, 2000, p. 513.
- « La cour des comptes et les juridictions financières : les garantes de plus en plus vigilantes de la probité des gestions publiques », *RFFP*, 2019, n°147, p. 111.

**F. MORDACK**

- « Quelle réforme des contrôles financiers publics ? », *RFFP*, 2011, n°spéc., p. 151.

**A. NATALINI**

- F. DI MASCIO et M. MAGGETTI, « Exploring the Dynamics of Delegation Over Time: Insights from Italian Anti-Corruption Agencies (2003–2016) », *Policy Studies Journal*, vol. 48, Issue 2, p. 367.

**P. G. NELL**

- « Transparence dans les marchés publics : Options après la cinquième conférence ministérielle de l'OMC à Cancún », *Revue internationale de droit économique*, vol. XVIII, n°3, 2004, p. 355.

**M.-A. NICOLAS**

- et A. GAUSTAD, « Les premiers rapports de contrôle de l’AFA. La révolution préventive se confirme : impossible ne saurait être français », *RICEA*, 2018, n°39, p. 20.

**J. ODA CESAR**

- et N. SMAILI, « Écosystème de lutte contre la corruption : une approche intégrative », *Éthique publique* [En ligne], 2021, vol. 23, n°1.

**É. OLIVA**

- « Le contrôle de la gestion par les chambres régionales des comptes, présentation générale », in G. ORSONI et A. PICHON [dir.], *Les chambres régionales et territoriales des comptes, XX<sup>ème</sup> anniversaire*, LGDJ, 2004, p. 115.

**D. PAILLOT DE MONTABERT**

- et S. SCEMLA, « L'actualisation des recommandations de l'AFA. De nouvelles contraintes pour les entreprises ? », *RICEA*, 2021, n°1, p. 32.

**C.-H. PARK**

- et K. KOOMIN, « L'administration électronique, un outil de lutte contre la corruption : analyse internationale sur données de panel », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2020, n°4, p. 723.

**J.-M. PASTOR**

- « Le Conseil d'État définit le lanceur d'alerte », *AJDA*, 2016, p. 693.

**G. PERONNE**

- et E. DAOUD, « Loi Sapin II, Loi Vigilance et RGPD. Pour une approche décloisonnée de la *compliance* », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 584.

**B. PERRIN**

- « L'absolution », *AJDA*, 2020, p. 1849.

**L. PICHOT-DELAHAYE**

- et H. HABCHI, « Quelle responsabilité des élus locaux devant la CDBF », *JCP A*, 2018, n°24, 2182.

**X. PIN**

- « Exclusion des marchés publics », *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 131-34.

**S. PINTRE**

- BEGUIN, F. CAYLA et S. DYENS, « Les lanceurs d'alerte dans les collectivités territoriales », *JCP A*, 2017, n°14, 2092.

**B.-A. PIREYRE**

- « Corruption et trafic d'influence : l'approche du droit pénal », *RFFP*, 2000, n°69, p. 33.

**M. POISSON**

- « L’audit : un outil de progrès au service du secteur public », *Rev. adm.*, 1989, n°250, p. 370.

**A. POLACH**

- « Risque et gestion des risques », *Cahiers de droit de l’entreprise*, 2008, n°1, dossier 2.

**J.-M. PONTIER**

- « Les transmutations du contrôle sur les collectivités territoriales », *JCP A*, 2012, 2348.

**X. POQUET DU HAUT-JUSSE**

- « Le CNFPT, acteur de la formation professionnelle des agents territoriaux », *AJCT*, 2018, p. 192.

**B. POUJADE**

- « Les contrôles du juge financier sur les délégations de service public », *CMP*, 2003, n°5, chron. 12.
- « Les élus locaux et le juge pénal », *AJDA*, 2016, p. 604.

**C. PREBISSY-SCHNALL**

- « L’Agence française anticorruption (AFA) et la commande publique : vers une nouvelle dynamique d’intégrité ? », *Contrats publics*, 2018, n°187, p. 55.
- « Les marchés publics resteront-ils le domaine privilégié de la corruption politico-administrative ? », *RFAP*, 2020, n°3, p. 693.
- « L’Agence française anticorruption (AFA) : quel bilan en matière de commande publique ? », *Contrats publics*, 2021, n°221, p. 58.

**S. PRINGAULT**

- et J.-P. FOEGLE, « Les “lanceurs d’alerte” dans la fonction publique », *AJDA*, 2014, p. 2256.

**P.-C. PUPION**

- et Y. CAPPOZ, « Le *New public management* », *Gestion et management public*, 2012, n°2, p. 1.

**R. DE QUENAUDON**

- et M.-J. GOMEZ-MUSTEL, « Un “code de conduite des affaires” en quête de statut juridique », *RTD*, 2009, p. 311.

**B. QUENTIN**

- « AFA : du contrôle à l’enquête ? », *JCP E*, 2020, n°3, doct. 77.

**B. QUERENET-HAHN**

- « La nouvelle obligation de prévention de la corruption prévue dans le projet de loi Sapin 2 - Impact pour les entreprises », *RICEA*, 2016, n°2, comm. 68.
- et A. RENARD, « Le régime de protection des lanceurs d’alerte issu de la loi Sapin 2 », *Cahiers de droit de l’entreprise*, 2018, n°1, dossier 3.

**A. RHEAUME**

- S. JACOB, J. LAWAREE, C. GAUTHIER et G. TURMEL, « Les facteurs de risque dans la gouvernance des grands projets d’infrastructure publique : revue de portée de la littérature », *Éthique publique* [En ligne], 2021, vol. 23, n°1.

**A. RENARD**

- et B. QUERENET-HAHN, « Le régime de protection des lanceurs d’alerte issu de la loi Sapin 2 », *Cahiers de droit de l’entreprise*, 2018, n°1, dossier 3.

**J. RICHARD**

- « Outils de la *compliance* (chartes, bonnes pratiques, lignes directrices...) : quelle valeur juridique ? », *AJCT*, 2018, p. 498.

**C. ROLLAND**

- « Création de l’agence française anticorruption par la loi Sapin 2 : quels moyens pour quelle action ? », *AJCT*, 2017, p. 124.

**L. ROMANET**

- et L. BENAICHE, « Élus et agents face au risque pénal – Corruption et collectivités : les recommandations du service central de prévention de la corruption », *AJCT*, 2014, p. 544.

**Ph. ROUQUET**

- « La mise en œuvre de la formation des agents publics territoriaux. Les documents et les acteurs internes aux collectivités », *AJCT*, 2018, p. 188.

**A.-E. ROUSSEAU**

- « *Compliance* et juriste de collectivité territoriale : une évolution des missions ? », *AJCT*, 2018, p. 501.

**M. RUBINSTEIN**

- « Le développement de la responsabilité sociale de l’entreprise », *Revue d’économie industrielle*, 2006, n°113, p. 83.

**J.-M. SAUVE**

- « *Compliance*, droit public et juge administratif », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Régulation, supervision, compliance*, *op. cit.*, p. 47.

**S. SCHALTEGGER**

- A. BEN RHOUMA et P. KOLEVA, « RSE, management responsable et isomorphisme institutionnel : une analyse à partir des résultats d'une enquête internationale », *Management international*, 2018, n°3, vol. 22, p. 65.

**S. SCEMLA**

- et D. PAILLOT DE MONTABERT, « L'actualisation des recommandations de l'AFA. De nouvelles contraintes pour les entreprises ? », *RICEA*, 2021, n°1, p. 32.
- et A. FLEURIOT, « Les nouvelles recommandations de l'AFA alourdissent les obligations des établissements de crédit en matière de conformité », *Rev. droit bancaire et financier*, 2021, n°4, 12.

**M. SEGONDS**

- « Les "piliers" de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 consolidés par la décision du 4 juillet 2019 de la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption ? », *RICEA*, 2019, n°6, 199.

**Y.-M. SERINET**

- et X. BOUCOBZA, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.*, 2017, p. 1619.

**L. SEUROT**

- « Le mode d'emploi du "compte personnel de formation" se précise », *AJFP*, 2017, p. 220.

**E. SEYS**

- « L'École de formation interne : passeport pour une collectivité apprenante. Exemple de l'École de formation interne des agents de la communauté urbaine du Grand Reims et de la ville de Reims », *AJCT*, 2018, p. 196.

**S. SIEBIE ANKAMAH**

- « Why do "teeth" need "voice"? The case of anti-corruption agencies in three Australian states », *Australian Journal of Public Administration*, Vol. 78, Issue 4, p. 48.

**S. SLAMA**

- « Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public ? », *AJDA*, 2014, p. 2229.

**N. SMAILI**

- et J. ODA CESAR, « Écosystème de lutte contre la corruption : une approche intégrative », *Éthique publique* [En ligne], 2021, vol. 23, n°1.

**T. TANGUY**

- « Quand l'argent fait la loi. Le cas de l'urbanisme commercial », *Pouvoirs*, 1988, n°46, p. 97.

**D. TARANTO**

- « Sur la corruption chez Machiavel. Temporalité et espace privé », in G. SFEZ et M. SENELLART, *L'enjeu Machiavel*, PUF, Paris, 2001, p. 47.

**Ph. TERNEYRE**

- et F. LLORENS, « Passation des marchés publics et prévention de la corruption », *RDI*, 1993, p. 209.
- et T. LALOUM, « Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique ! », *CMP*, 2021, n°7, étude 5.

**B. TEYSSIE**

- « Le plan de vigilance. Trois années d'application », *D.*, 2021, p. 1823.

**S. THEBAULT**

- « Réforme des contrôle set évolution des concepts », *RFFP*, 2011, n°spéc., p. 155.

**G. TURMEL**

- S. JACOB, J. LAWAREE, A. RHEAUME et C. GAUTHIER, « Les facteurs de risque dans la gouvernance des grands projets d'infrastructure publique : revue de portée de la littérature », *Éthique publique* [En ligne], 2021, vol. 23, n°1.

**É. UNTERMAIER-KERLEO**

- « Les lois pour la confiance dans la vie politique : toujours plus de déontologie, mais pas de "choc de confiance" », *Dr. adm.*, 2018, n°1, p. 18.
- « Actes administratifs unilatéraux et déontologie des élus locaux : identifier les risques juridiques pour mieux les prévenir », *JCP A*, 2020, n°47, 2303.
- « Pas de référent déontologue pour les élus ! », *AJCT*, 2020, p. 1.

**F. VERDUN**

- « La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social », *JCP S*, 2017, n°2, 1011.

**P. VILLENEUVE**

- « Transparence de la vie publique et prévention des conflits d'intérêt. À propos des lois ordinaire et organique du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique », *JCP A*, 2014, n°4, p. 17.
- « Nouvelles obligations, nouvelles contraintes, nouvel impératif déontologique pour les élus locaux », *AJCT*, 2017, p. 612.
- « Du bon usage des chartes de déontologie des élus locaux, défense et illustration d'une culture déontologique en devenir », *JCP A*, 2020, n°47, 2307.
- et W. FEUGERE, « De l'impératif de prévention à la nécessaire *compliance* en matière d'achats publics », *AJCT*, 2020, p. 514.
- « La protection des lanceurs d'alerte dans la fonction publique, un régime à parfaire », *JCP A*, 2021, n°49, 2369.

**V. VIOUJAS**

- « Les insuffisances du contrôle de légalité sur les collectivités territoriales encore critiquées », *JCP A*, 2016. 161.

**J. WALTHER**

- « La loi Sapin II et l'Agence anticorruption : premier bilan critique », *LPA*, 2016, n°257, p. 7.

**S. WICKBERG**

- « La nouvelle gestion publique et la prévention de la corruption : rupture ou continuité ? », *RFAP*, 2020, n°3, p. 661.

**P. YEOH**

- "The UK Bribery Act 2010: contents and implications", *Journal of Financial Crime*, 2012, vol. 19, n°1, p. 37.

**C. YUKINS**

- et M. KANIA, « Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement », *GWU Law School Public Law Research Paper*, n°2019-39.

### III - Notes de jurisprudence et conclusions de rapporteurs publics

**F. CAFARELLI**

- « Agissements passés d'un candidat : de l'exclusion punitive à l'exclusion préventive », *AJDA*, 2019, p. 2502.

**G. ECKERT**

- « Le régime des exclusions de plein droit est incompatible avec le droit de l'Union européenne », *CMP*, 2020, n°12, comm. 332.

**L. DE FOURNOUX**

- « Le régime d'exclusion automatique des procédures de passation des concessions est contraire au droit de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2021, p. 493.

**H. HOEPPFNER**

- « Possibilité d'exclure un candidat d'une procédure d'attribution en raison d'agissements constatés lors de précédentes procédures », *CMP*, 2019, n°10, comm. 299.

**N. IDA**

- « La charge de la preuve en matière de *compliance* : réflexion à partir de la décision *Imerys* », *Rev. stés.*, 2020, p. 464.

**G. PELLISSIER**

- « Concl. sur CE, 24 juin 2019, *Département des Bouches-du-Rhône* », *ArianeWeb*.

**IV - Rapports et documents officiels****Agence française anticorruption**

- *Charte de l'accompagnement des acteurs publics*, 2019, [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/AFA -  
Charte de l'accompagnement des acteurs publics janvier 2019.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/AFA_-_Charte_de_l'accompagnement_des_acteurs_publics_janvier_2019.pdf)
- *Charte de l'appui aux acteurs économiques*, 2018, [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/2018-09 -  
Charte d'appui aux acteurs eco 0.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/2018-09_-_Charte_d'appui_aux_acteurs_eco_0.pdf)
- *Charte des droits et devoirs des parties prenantes aux contrôles*, 2019, [https://www.agence-francaise-  
anticorruption.gouv.fr/files/files/charte droits devoirs unique%20controles.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/charte_droits_devoirs_unique%20controles.pdf)
- *Diagnostic national sur les dispositifs anticorruption dans les entreprises*, septembre 2020, [https://www.agence-francaise-  
anticorruption.gouv.fr/files/files/Diagnostic%20national%20sur%20les%20dispositifs%  
20anticorruption%20dans%20les%20entreprises.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Diagnostic%20national%20sur%20les%20dispositifs%20anticorruption%20dans%20les%20entreprises.pdf)
- *Enquête sur la prévention de la corruption dans le service public local*, 2018, [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Rapport\\_danalyse -  
enquete service public local.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Rapport_danalyse_-_enquete_service_public_local.pdf)
- *Guide pratique anticorruption à destination des PME et des petites ETI*, 2022,

- [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide%20pratique\\_PME-ETI.PDF](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide%20pratique_PME-ETI.PDF)
- *La fonction anticorruption dans l'entreprise*, 2019,  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/2019-01-29 -  
\\_Guide\\_pratique\\_fonction\\_conformite.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/2019-01-29_-_Guide_pratique_fonction_conformite.pdf)
  - et FNTP, *La mise en place d'un dispositif de prévention des risques de corruption dans le secteur du bâtiment et des travaux publics*, 2022,  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide\\_BTP\\_AFA\\_Web.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide_BTP_AFA_Web.pdf)
  - *La politique cadeaux et invitations dans les entreprises, les EPIC, les associations et les fondations*, 2020,  
<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide%20pratique%20politique%20cadeaux%20et%200invitations.pdf>
  - *La prévention des conflits d'intérêt dans l'entreprise*, 2021,  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/AFA\\_Guide\\_conflits\\_dinterets.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/AFA_Guide_conflits_dinterets.pdf)
  - *Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions*, 2021,  
<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide%20pratique%20fusacq%202021-02%20DEF-2-19.pdf>
  - et DAE, DAE, *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*, 2021,  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide\\_maitrise\\_risque\\_corruption-Hyperlien.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide_maitrise_risque_corruption-Hyperlien.pdf)
  - *Prévention et détection des atteintes à la probité dans le secteur public local*, 2022,  
<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Enquête%20AFA%202022%20sur%20le%20secteur%20public%20local.pdf>
  - *Rapport annuel d'activité 2017*,  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/Rapport\\_annuel\\_-\\_22\\_mai\\_2018.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/Rapport_annuel_-_22_mai_2018.pdf)
  - *Rapport annuel d'activité 2018*,  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/RA%20Annuel%20AFA\\_WEB\\_0.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/RA%20Annuel%20AFA_WEB_0.pdf)
  - *Rapport annuel d'activité 2019*,  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/RA%20Annuel%20AFA\\_web.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/RA%20Annuel%20AFA_web.pdf)
  - *Rapport annuel d'activité 2020*,  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/RA\\_AFA\\_2020\\_V2\\_WEB.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/RA_AFA_2020_V2_WEB.pdf)
  - *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion,*

*de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, JORF n°0298 du 22 décembre 2017,*

[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/2017\\_-\\_Recommandations\\_AFA.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/2017_-_Recommandations_AFA.pdf)

- *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, JORF n°0010 du 12 janvier 2021,*  
<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Recommandations%20AFA.pdf>

#### **Assemblée nationale**

- É. BLANC, *Rapport n°3787 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, 5 octobre 2011.
- R. GAUVAIN et O. MARLEIX, *Rapport de la mission d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 »*, 7 juillet 2021.
- Ph. SEGUIN, *Groupe de travail sur la clarification des rapports entre la politique et l'argent*, Les documents d'information, 1994.

#### **R. BOUCHERY**

- *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique. Rapport au Premier ministre de la Commission de prévention de la corruption présidée par Robert Bouchery*, La documentation française, Paris, 1993.

#### **CNFPT**

- *Rapport d'activité 2020*,  
<https://www.cnfpt.fr/s-informer/nos-actualites/le-fil-dactus/publication-du-rapport-dactivite-2020/national>

#### **Conseil d'État**

- *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La Documentation française, 2016.

#### **Cour des comptes**

- *Rapport public annuel*, 2016.
- *Rapport public annuel*, 2020.

#### **Direction des affaires juridiques – Ministère de l'économie et des finances**

- *Rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2017-2019*

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/20210712\\_Rapport-CE-application-réglementation-VF.pdf?v=1645103168](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/20210712_Rapport-CE-application-réglementation-VF.pdf?v=1645103168)

**Direction générale des finances publiques – Ministère de l'économie et des finances**

- *Charte des droits et obligations du contribuable vérifié*,  
[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dgfip/controle\\_fiscal/organisation\\_fonctionnement/charte\\_contribuable\\_2020.pdf?v=1594996235](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgfip/controle_fiscal/organisation_fonctionnement/charte_contribuable_2020.pdf?v=1594996235)

**Gouvernement du Canada**

- *Élargir la trousse d'outils du Canada pour répondre aux actes répréhensibles des entreprises*, 2017,  
<https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/ar-cw/documents/integrite-integrity-fra.pdf>

**GRECO**

- *Rapport d'évaluation Allemagne. Cinquième cycle d'évaluation Prévention de la corruption et promotion de l'intégrité au sein des gouvernements centraux (hautes fonctions de l'exécutif) et des services répressifs*, 15 décembre 2020,  
<https://rm.coe.int/cinquieme-cycle-d-evaluation-prevention-de-la-corruption-et-promotion-/1680a0b8d8>.

**OCDE**

- *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale*,  
[http://www.oecdilibrary.org/fr/governance/rapport-de-l-ocde-sur-lacorrup-tion-transnationale\\_9789264226623-fr](http://www.oecdilibrary.org/fr/governance/rapport-de-l-ocde-sur-lacorrup-tion-transnationale_9789264226623-fr)  
*Specialized Anti-Corruption Institutions: Review of Models*, 2007.

**ONU-INTOSAI**

- *Le rôle des institutions supérieures de contrôle des finances publiques dans la lutte contre la corruption et la mauvaise gestion*, Rapport sur le 12<sup>ème</sup> séminaire ONU-INTOSAI sur le contrôle des finances publiques, Vienne, 21-25 octobre 1996.

**PARTNERING AGAINST CORRUPTION INITIATIVE**

- *Good Practice Guidelines on Conducting Third-Party Due Diligence*, Forum Économique Mondial, 2013,  
[https://baselgovernance.org/sites/default/files/2019-02/wef\\_paci\\_conductingthirdpartyduediligence\\_guidelines\\_2013.pdf](https://baselgovernance.org/sites/default/files/2019-02/wef_paci_conductingthirdpartyduediligence_guidelines_2013.pdf)

**PNUD**

- *Institutional Arrangements to Combat Corruption: A comparative Study*, 2005.

### Sénat

- C. BONNET, *Rapport sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, 25 novembre 1992.
- J. MEZARD, *Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, 25 janvier 2012.

### Service central de prévention de la corruption

- *Rapport d'activité 2013*,  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/scpc\\_rapport2013.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/scpc_rapport2013.pdf)
- *Rapport d'activité 2014*,  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/rapport\\_scpc\\_2014.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/rapport_scpc_2014.pdf)
- *Rapport d'activité 2015*,  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/scpc\\_rappactivite\\_2015\\_web.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/scpc_rappactivite_2015_web.pdf)

### The Economist Intelligence Unit

- *Democracy Index 2020*, 2020,  
<https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020/>

### Transparency international

- *Le pacte d'intégrité, un outil puissant pour des marchés publics propres*, 2009  
[https://www.transparency.org/files/content/tool/Pacte\\_dIntegrite\\_Brochure\\_FR.pdf](https://www.transparency.org/files/content/tool/Pacte_dIntegrite_Brochure_FR.pdf)
- *Protéger les investissements financés par l'UE avec les pactes d'intégrité*, 2021  
<https://transparency-france.org/actu/rapport-protéger-les-investissements-finances-par-lue-avec-les-pactes-dintegrite/#.YcCgiehKhPY>
- *Pactes d'intégrité dans le secteur de l'eau. Guide de mise en œuvre pour les agents du gouvernement*, 2010  
[http://www.waterintegritynetwork.net/wp-content/uploads/2015/03/WaterIntegrityPact\\_Manual\\_FR\\_2010\\_part1.pdf](http://www.waterintegritynetwork.net/wp-content/uploads/2015/03/WaterIntegrityPact_Manual_FR_2010_part1.pdf)

# Annexes

## Annexe n°1 – Questionnaire quantitatif – Autorité contractante

### PARTIE I – PROFIL

#### 1 – Quelle est la nature de votre structure ?

- Administration centrale de l'État
- Administration territoriale de l'État
- Autorité administrative ou publique indépendante
- Région
- Département
- Commune
- Établissement public de coopération intercommunale
- Établissement public administratif de l'État
- Établissement public industriel et commercial de l'État
- Établissement public administratif local
- Établissement public industriel et commercial local
- Société nationale à capitaux publics
- Société d'économie mixte locale ou société publique locale
- Personne publique sui generis
- Autre, précisez.

#### 2 – Quelle est la taille de votre structure :

- Moins de 50 personnes
- Moins de 500 personnes
- Plus de 500 personnes

#### 3 – Agissez-vous en tant que :

- Pouvoir adjudicateur
- Entité adjudicatrice

### PARTIE II – LES MESURES DE PREVENTION DE LA CORRUPTION DE LA LOI « SAPIN 2 »

#### 1 – Êtes-vous soumis aux obligations de l'article 17 de la loi Sapin 2 ? (sociétés ou établissements publics à caractère industriel et commercial de plus de 500 salariés pu

**appartenant à un groupe comprenant au moins 500 salariés et générant un chiffre d'affaires ou un chiffre d'affaires consolidé de plus de 100 millions d'euros)**

- Oui
- Non

**2 – Des mesures de prévention de la corruption (code de conduite, cartographie des risques, régime disciplinaire, dispositif d'alerte, évaluation des tiers, contrôles comptables, formations et contrôles internes du dispositif) ont-elles été mises en place dans votre structure ?**

- Oui
- Non

**3 – Constatez-vous un engagement de l'équipe dirigeante en matière de prévention de la corruption dans votre structure (par exemple discours, prises de position, investissement des dirigeants dans la mise en place des mesures, participation des dirigeants aux formations...)?**

- Oui
- Non
- Sans élément de réponse

**4 – Si oui à la question 3. Cet engagement provient-il davantage :**

- Des élus
- Des directeurs administratifs
- Des deux

**5 – Si oui à la question 3. Comment se matérialise cet engagement ?**

Réponse libre

**6 – Un code de conduite a-t-il été rédigé et diffusé dans les services de votre structure ?**

- Oui
- Non

**7 – Si oui à la question 6. Ce code de conduite contient-il des développements particuliers relatifs aux contrats publics ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez.
- Non

**8 – Si oui à la question 6 Ce code contient-il des exemples opérationnels permettant aux agents de bien s'en approprier le contenu ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

**9 – Si oui à la question 6. Pour prévenir de faits de corruption, jugez-vous ce code :**

- Très utile, précisez pourquoi si vous le souhaitez
- Utile, précisez pourquoi si vous le souhaitez
- Peu utile, précisez pourquoi si vous le souhaitez
- Inutile, précisez pourquoi si vous le souhaitez

**10 – Si non à la question 6. Un tel code est-il en cours de rédaction ?**

- Oui
- Non

**11 – Une cartographie des risques a-t-elle été mise en place dans votre structure ?**

- Oui
- Non

**12 – Si oui à la question 11. Cette cartographie cible-t-elle les risques relatifs aux contrats publics ?**

- Oui, précisez lesquels en particulier
- Non

**13 – Si oui à la question 11. Avez-vous éprouvé des difficultés à mettre en place une telle cartographie ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

**14 – Si non à la question 11. Une telle cartographie est-elle en cours de construction dans votre structure ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

**15 – Votre structure a-t-elle mis en place un système de contrôle comptable interne permettant à l'ordonnateur de détecter d'éventuelles opérations à risque ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non
- Sans élément de réponse

**16 – Le comptable public de votre structure prend-il en compte le risque corruption dans son contrôle hiérarchisé de la dépense ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non
- Sans élément de réponse

**17 – Votre structure a-t-elle mis en place des formations dédiées à la prévention de la corruption ?**

- Oui
- Non

**18 – Si oui à la question 17. À destination de quels agents ?**

Réponse libre

**19 – Si oui à la question 17. Sous quelle(s) forme(s) ?**

Réponse libre

**20 – Si oui à la question 17. Existe-t-il une formation spécifiquement dédiée au risque corruption en matière de contrats publics ?**

- Oui
- Non

**21 – Si non à la question 17. Est-ce en projet dans votre structure ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

**22 – Existe-t-il un dispositif d’alerte interne dans votre structure ?**

- Oui
- Non

**23 – Si oui à la question 22. Comment se matérialise-t-il ?**

Réponse libre

**24 – Si non à la question 22. Est-ce en projet dans votre structure ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

**25 – Avez-vous pu constater des sanctions disciplinaires liées à des faits potentiellement qualifiables de manquement au devoir de probité ?**

- Oui
- Non
- Sans élément de réponse

**26 – Estimez-vous que votre structure a mis en place un degré de vigilance accrue en ce qui concerne les faits potentiellement qualifiables de manquements au devoir de probité ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

**27 – Procédez-vous à une évaluation des tiers ?**

- Oui
- Non

**28 – Si oui à la question 27. Comment collectez-vous les informations sur les tiers ?**

Réponse libre

**29 – Procédez-vous à une évaluation des tiers dans le cadre de vos contrats publics ?**

- Oui
- Non

**30 – Si oui à la question 29. Procédez-vous à cette évaluation :**

- Au stade de la passation du contrat
- Au stade de l'exécution du contrat
- Cela varie en fonction des situations

**31 – Si oui à la question 29. Évaluez-vous également les sous-traitants ?**

- Oui
- Non

**32 – Si oui à la question 29. Comment procédez-vous ?**

Réponse libre

**33 – Votre structure a-t-elle déjà exclu un candidat pour des motifs liés à un risque de corruption ?**

- Oui
- Non

**34 – Votre structure a-t-elle déjà été évalué par un tiers ?**

- Oui
- Non

**35 – Existe-t-il un dispositif de contrôle interne du dispositif anticorruption ?**

- Oui
- Non

**36 – Si oui à la question 35. Ce contrôle est-il décliné en trois niveaux selon les recommandations de l'Agence française anticorruption ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

---

**PARTIE III – L'AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION**

**1 – Avez-vous déjà fait l'objet d'un contrôle de l'Agence française anticorruption ?**

- Oui
- Non

**2 – Si oui à la question 1. Pouvez-vous décrire le déroulement de ce contrôle ?**

Réponse libre

**3 – Votre structure a-t-elle déjà demandé un conseil particulier à l'Agence française anticorruption ?**

- Oui
- Non

**4 – Si oui à la question 3. Sur quel sujet ?**

Réponse libre

**5– Si non à la question 3. Pourquoi ?**

Réponse libre

**6 – Avez-vous connaissance des recommandations générales de l'AFA ?**

- Oui
- Non

**7 – Avez-vous connaissance du guide « Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public » de l'AFA et la DAE ?**

- Oui
- Non

**8 – Si oui à la question 7. Quel regard portez-vous sur ce guide ?**

Réponse libre

**PARTIE IV – PERCEPTION DE LA CORRUPTION DANS LES CONTRATS PUBLICS**

**1 – Avez-vous déjà été témoin ou eu connaissance de pratiques ou de tentatives de pratiques pouvant être qualifiées de manquement au devoir de probité (concussion, corruption passive, trafic d'influence, prise illégale d'intérêt, délit d'octroi d'avantage injustifié, soustraction ou détournement de biens ou de fonds publics ou privés) de la part d'un représentant d'une autorité contractante dans le cadre de la préparation, de la passation ou de l'exécution d'un contrat public ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non, précisez si vous le souhaitez

**2 – Avez-vous déjà été témoin ou eu connaissance d'une corruption active ou d'une tentative de corruption active de la part d'un représentant d'un opérateur économique dans le cadre de la préparation, de la passation ou de l'exécution d'un contrat public ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non, précisez si vous le souhaitez

**3 – Selon vous, quelle forme contractuelle est la plus exposée au risque de corruption ? (plusieurs réponses possibles)**

- Les marchés publics de services, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les marchés publics de fournitures, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les marchés publics de travaux, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les marchés de maîtrise d'œuvre, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les marchés globaux, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les accords-cadres, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les marchés de partenariat, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les concessions de services, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les concessions de travaux, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les conventions d'occupation du domaine public, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Sans avis ou élément de réponse

**4 – Selon vous, quelle(s) phase(s) du cycle d'un contrat public est-elle la plus exposée au risque de corruption (entendue ici au sens large) ? (plusieurs réponses possibles)**

- La préparation du contrat (études préalables, *sourcing*...), précisez quelle étape si vous le souhaitez
- La passation du contrat, précisez quelle étape si vous le souhaitez
- L'exécution du contrat, précisez quelle étape si vous le souhaitez

**5 – Selon vous, quelle procédure est la plus exposée au risque de corruption ?**

- L'appel d'offres, précisez si vous le souhaitez
- La procédure avec négociation, précisez si vous le souhaitez
- Le dialogue compétitif, précisez si vous le souhaitez

- La procédure sans publicité ni mise en concurrence, précisez si vous le souhaitez
- Sans avis ou élément de réponse

#### **PARTIE V – RECOMMANDATIONS / REMARQUES DIVERSES**

##### **1 – Selon vous, comment améliorer la prévention de la corruption dans les contrats publics ?**

Réponse libre

##### **2 – Avez-vous quelque chose à ajouter ?**

Réponse libre

---

**Annexe n°2 – Questionnaire quantitatif – Opérateur économique**

**PARTIE I – PROFIL**

**1 – Quelle est la nature de votre structure :**

- Entreprise soumise à l'article 17 de la loi « Sapin 2 »
- Entreprise non soumise à l'article 17 de la loi « Sapin 2 »

**2 – Quels sont les principaux contrats publics auxquels vous êtes partie ?**

- Marchés publics de fournitures courantes et de services
- Marchés publics de maîtrise d'œuvre
- Marchés publics de travaux
- Marchés globaux et de partenariat
- Concessions de travaux
- Concessions de services
- Conventions d'occupation du domaine public

**PARTIE II – LES MESURES DE PREVENTION DE LA CORRUPTION DE LA LOI « SAPIN 2 »**

**1 – Des mesures de prévention de la corruption telles que précisées à l'article 17 de la loi Sapin 2 (code de conduite, cartographie des risques, régime disciplinaire, dispositif d'alerte, évaluation des tiers, contrôles comptables, formations et contrôles internes du dispositif) ont-elles été mises en place dans votre structure ?**

- Oui
- Non

**2 – Constatez-vous un engagement de l'équipe dirigeante (par exemple discours, prises de position, investissement des dirigeants dans la mise en place des mesures, participation des dirigeants aux formations...) en matière de prévention de la corruption dans votre entreprise ?**

- Oui
- Non
- Sans élément de réponse

**3 – Si oui à la question 2. Comment se matérialise cet engagement ?**

Réponse libre

**4 – Un code de conduite a-t-il été rédigé et diffusé dans votre entreprise ?**

- Oui
- Non

**5 – Si oui à la question 4. Ce code de conduite contient-il des développements particuliers relatifs aux contrats publics ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez.
- Non

**6 – Si oui à la question 4. Ce code contient-il des exemples opérationnels permettant aux collaborateurs de bien s’en approprier le contenu ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

**7 – Si oui à la question 4. Pour prévenir de faits de corruption, jugez-vous ce code :**

- Très utile, précisez pourquoi si vous le souhaitez
- Utile, précisez pourquoi si vous le souhaitez
- Peu utile, précisez pourquoi si vous le souhaitez
- Inutile, précisez pourquoi si vous le souhaitez

**8 – Si non à la question 4. Un tel code est-il en cours de rédaction ?**

- Oui
- Non

**9 – Une cartographie des risques a-t-elle été mise en place dans votre entreprise ?**

- Oui
- Non

**10 – Si oui à la question 9. Cette cartographie cible-t-elle les risques relatifs aux contrats publics ?**

- Oui, précisez lesquels en particulier
- Non

**11 – Si oui à la question 9. Avez-vous éprouvé des difficultés à mettre en place une telle cartographie ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

**12 – Si non à la question 9. Une telle cartographie est-elle en cours de construction dans votre entreprise ?**

- Oui
- Non

**13 – Votre entreprise a-t-elle mis en place un système de contrôle comptable interne permettant de détecter d’éventuelles opérations à risque ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non
- Sans élément de réponse

**14 – Votre entreprise a-t-elle mis en place des formations dédiées à la prévention de la corruption ?**

- Oui
- Non

**15 – Si oui à la question 14. À destination de quels collaborateurs ? (dirigeants, managers, opérationnels...)**

Réponse libre

**16 – Si oui à la question 14. Sous quelle(s) forme(s) ?**

Réponse libre

**17 – Si oui à la question 14. Existe-t-il une formation spécifiquement dédiée au risque corruption en matière de contrats publics ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

**18 – Si non à la question 14. Est-ce en projet dans votre entreprise ?**

- Oui
- Non

**19 – Existe-t-il un dispositif d’alerte interne dans votre entreprise ?**

- Oui
- Non

**20 – Si oui à la question 19. Comment se matérialise-t-il ?**

Réponse libre

**21 – Si non à la question 19. Est-ce en projet dans votre entreprise ?**

- Oui
- Non

**22 – Votre entreprise a-t-elle mis en place un régime disciplinaire particulier pour traiter les manquements au code de conduite ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

**23 – Si non à la question 22. Est-ce en projet dans votre entreprise ?**

- Oui
- Non
- Sans élément de réponse

**24 – Procédez-vous à une évaluation des tiers ?**

- Oui
- Non

**25 – Si oui à la question 24. Comment collectez-vous les informations sur les tiers ?**

Réponse libre

**26 – Procédez-vous à une évaluation des tiers dans le cadre d'un contrat public ?**

- Oui
- Non

**27 – Si oui à la question 26. Comment procédez-vous pour évaluer vos clients publics ?**

Réponse libre

**28 – Votre entreprise a-t-elle déjà été évaluée par un client public dans le cadre de l'attribution d'un contrat public ?**

- Oui
- Non

**29 – Existe-t-il un dispositif de contrôle interne du dispositif anticorruption dans votre entreprise ?**

- Oui
- Non

**30 – Si oui à la question 29. Ce contrôle est-il décliné en trois niveaux selon les recommandations de l'Agence française anticorruption ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non

**PARTIE III – L'AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION**

**1 – Votre entreprise a-t-elle déjà fait l'objet d'un contrôle de l'Agence française anticorruption ?**

- Oui
- Non

**2 – Si oui à la question 1. Pouvez-vous décrire le déroulement de ce contrôle ?**

Réponse libre

**3 – Votre entreprise a-t-elle déjà demandé un conseil particulier à l’Agence française anticorruption ?**

- Oui
- Non

**4 – Si oui à la question 3. Sur quel sujet ?**

Réponse libre

**5 – Si non à la question 3. Pourquoi ?**

Réponse libre

**6 – Avez-vous connaissance des recommandations générales de l’AFA ?**

- Oui
- Non

**7 – Si oui à la question 6. Quel regard portez-vous sur ces recommandations ?**

Réponse libre

**8 – Avez-vous connaissance du guide « Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l’achat public » de l’AFA et la DAE ?**

- Oui
- Non

**9 – Si oui à la question 8. Quel regard portez-vous sur ce guide ?**

Réponse libre

#### **PARTIE IV – PERCEPTION DE LA CORRUPTION DANS LES CONTRATS PUBLICS**

**1 – Avez-vous déjà été témoin ou eu connaissance de pratiques ou de tentatives de pratiques pouvant être qualifiées de manquement au devoir de probité (concussion, corruption passive, trafic d’influence, prise illégale d’intérêt, délit d’octroi d’avantage injustifié, soustraction ou détournement de biens ou de fonds publics ou privés) de la part d’un représentant d’une autorité contractante dans le cadre de la préparation, de la passation ou de l’exécution d’un contrat public ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez
- Non, précisez si vous le souhaitez

**2 – Avez-vous déjà été témoin ou eu connaissance d’une corruption active ou d’une tentative de corruption active de la part d’un représentant d’un opérateur économique dans le cadre de la préparation, de la passation ou de l’exécution d’un contrat public ?**

- Oui, précisez si vous le souhaitez

- Non, précisez si vous le souhaitez

**3 – Selon vous, quelle forme contractuelle est la plus exposée au risque de corruption ?  
(plusieurs réponses possibles)**

- Les marchés publics de services, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les marchés publics de fournitures, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les marchés publics de travaux, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les marchés de maîtrise d'œuvre, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les marchés globaux, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les accords-cadres, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les marchés de partenariat, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les concessions de services, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les concessions de travaux, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Les conventions d'occupation du domaine public, précisez dans quel secteur économique en particulier si vous le souhaitez
- Sans avis ou élément de réponse

**4 – Selon vous, quelle(s) phase(s) du cycle d'un contrat public est-elle la plus exposée au risque de corruption (à partir d'ici, le terme de corruption est entendu au sens large tel que défini en début de questionnaire) ?**

**(plusieurs réponses possibles)**

- La préparation du contrat (études préalables, *sourcing...*), précisez quelle étape si vous le souhaitez
- La passation du contrat, précisez quelle étape si vous le souhaitez
- L'exécution du contrat, précisez quelle étape si vous le souhaitez

**5 – Selon vous, quelle procédure est la plus exposée au risque de corruption ?**

- L'appel d'offres, précisez pourquoi si vous le souhaitez
- La procédure avec négociation, précisez si vous le souhaitez
- Le dialogue compétitif, précisez si vous le souhaitez
- La procédure sans publicité ni mise en concurrence, précisez si vous le souhaitez
- Sans avis ou élément de réponse

---

**PARTIE V – RECOMMANDATIONS / REMARQUES FINALES**

**1 – Selon vous, comment améliorer la prévention de la corruption dans les contrats publics ?**

Réponse libre

**2 – Avez-vous quelque chose à ajouter ?**

Réponse libre



A travers son troisième rapport, la Chaire de droit des contrats publics entend mesurer l'effectivité des règles de compliance dans le cadre des contrats publics. Principalement, les enquêtes de terrain se sont concentrées sur l'effectivité de la mise en œuvre des mesures de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin 2), par les acteurs publics ou privés parties à des contrats publics, et sur les éventuelles problématiques rencontrées par les praticiens dans leur mise en place. Une attention particulière est également portée sur le rôle de l'Agence française anticorruption (AFA) dans l'accompagnement et le contrôle de l'application des mesures.

Au terme de l'étude, les constats généraux d'une tendance progressive à la moralisation des pratiques dans les contrats publics et d'une réduction corrélative des cas de corruption ont été dressés. Néanmoins, semblent persister des pratiques commerciales qui se situent dans un espace-tampon entre le légal et le pénalement répréhensible, au sein duquel le risque est bien présent.

Par ailleurs, les enquêtes révèlent une corrélation entre l'intensité du cadrage juridico-administratif et le risque de corruption : moins l'encadrement sera élaboré et approfondi, plus le risque de corruption augmentera.

S'agissant de la mise en place de mesures de prévention, les travaux ont permis de mettre en lumière tout à la fois les méthodes vertueuses et les problèmes intrinsèques à la loi Sapin 2, à chacune des mesures qu'elle prévoit et aux recommandations de l'Agence française anticorruption.

En outre, la pédagogie de l'AFA dans le cadre de son contrôle préventif est appréciée par les professionnels de la commande publique en raison, non pas de la recherche systématique de sanction mais, de l'accompagnement des acteurs dans l'amélioration des défauts de leurs dispositifs.

De ces constats, la Chaire de droit des contrats publics formule plusieurs recommandations notamment la révision de la loi Sapin 2 en imposant aux personnes morales de droit public la mise en place d'un référentiel anticorruption adapté à leurs particularités et l'extension du champ d'application de son article 17 aux entreprises appartenant à un groupe dont la société mère est étrangère, ou la révision du Code de la commande publique en y intégrant l'évaluation de l'intégrité des candidats et la jurisprudence Département des Bouches-du-Rhône.

Ce rapport est à jour de la loi n° 2023-171 du 9 mars 2023.

## POUR SUIVRE L'ACTIVITÉ DE LA CHAIRE EN LIGNE

---

Site internet	<a href="https://chairedcp.univ-lyon3.fr">https://chairedcp.univ-lyon3.fr</a>
Linkedin	<a href="https://www.linkedin.com/company/chairedcp/">https://www.linkedin.com/company/chairedcp/</a>
Twitter	@chairedcp